

La clause d'échange de renseignements à des fins fiscales dans le *Protocole d'accord Canada-Suisse du 22 octobre 2010* : est-ce la fin du rêve des paradis fiscaux pour les résidents du Canada ?

ARNAULD KAYEMBE TABU*

Toujours prévue, mais jamais appliquée comme souhaité par les États signataires, la clause relative à l'échange de renseignements entre autorités fiscales figure dans la quasi-totalité des conventions fiscales préventives de double imposition sur les revenus et la fortune. Toutefois, l'échange de renseignements n'est jamais automatique ; elle s'effectue à la demande des autorités fiscales d'un État qui auraient des raisons légitimes de les obtenir de la part de leurs collègues de l'État ou des États qui abriteraient des revenus intentionnellement cachés ou délibérément non déclarés par des personnes physiques ou morales revêtant, en vertu de la loi fiscale ou des critères jurisprudentiels, le statut de contribuables. Avec le Protocole d'accord fiscal signé par le Canada et la Suisse, et dans les circonstances favorables à l'adoption des recommandations formulées par l'Organisation de coopération et de développement économiques à ses États membres en matière d'échange de renseignements à des fins fiscales, l'on croit parier que souvent réduite au rôle d'ornement juridique, la perspective de voir la clause d'échange de renseignements s'appliquer dans le cadre de l'exécution de la convention fiscale du 5 mai 1997 liant le Canada à la Suisse paraît fort probable. Ainsi, les autorités de l'État suisse pourront, à la demande des autorités fiscales canadiennes, obtenir des renseignements sur les avoirs fiscaux imposables des résidents canadiens localisés en Suisse et vice-versa, lequel permettraient aux autorités fiscales d'établir la charge d'impôt à l'encontre des résidents qui ont préféré cacher ou ne pas déclarer leurs revenus, fortunes et d'autres avoirs imposables.

An exchange-of-information clause between tax authorities appears in virtually all tax treaties designed for avoiding double taxation—taxes on income and capital. However, when it is included, the clause is never applied as intended by the signatory states. The exchange of information is never voluntary; it is either enforced by court order or at the request of a state's tax authorities only if they have legitimate reasons for obtaining the information from the state party or parties allegedly sheltering income. Under tax legislation, "sheltering income" is when a taxpayer—either an individual or corporate entity—intentionally conceals their income. Tax authorities are hoping for greater compliance through the protocol amending the tax agreement signed by Canada and Switzerland, and the adoption of the recommendations made by the Organisation for Economic Co-operation and Development. Through these developments, tax authorities are counting on the exchange-of-information clause in the tax convention of May 5, 1997, between Canada and Switzerland, to have force. This would mean that through the request of Canadian tax authorities, Swiss authorities could obtain information on the taxable assets held by Canadian residents in Switzerland, and vice versa. This information, in turn, would enable tax authorities to assess the taxes of residents who chose to conceal their income, capital and other taxable assets.

* J.D., LL.L., M.A., Ph.D. J'adresse un profond et sincère remerciement au professeur Mark Power qui, par la qualité et la pertinence des remarques et suggestions qu'il a faites à la lecture de l'embryon du manuscrit de cet article, m'a fortement aidé et encouragé à concevoir la version finale du présent texte.

Table des matières

61	I.	INTRODUCTION
62	II.	COMPRENDRE LE CONTEXTE DE L'ADOPTION DU <i>PROTOCOLE D'ACCORD CANADA-SUISSE DE 22 OCTOBRE 2010</i>
64	III.	OBJET DE LA MODIFICATION DE LA CONVENTION FISCALE : ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS FISCAUX ENTRE LES DEUX ÉTATS
64	A.	Base législative du principe d'échange de renseignements fiscaux
66	B.	Fondement de la norme d'échange de renseignements
68	C.	Effets de l'adoption de la nouvelle norme standard de l'Organisation de coopération et de développement économiques sur l'échange de renseignements à caractère fiscal
70	1.	<i>Un combat de longue haleine : la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale internationales des fortunes placées en Suisse</i>
72	2.	<i>Le déverrouillage de l'obstacle : la fin du secret bancaire suisse</i>
72	(a)	<i>Un bref retour sur les origines du secret bancaire suisse</i>
73	(b)	<i>Levée du secret bancaire : réelle chance pour l'échange d'informations</i>
74	(i)	<i>L'apport de la Convention modèle de l'OCDE et de ses directives en ce qui concerne l'échange de renseignements aux conventions fiscales entre le Canada et d'autres pays</i>
76	(ii)	<i>La nouvelle norme de l'article 26 de la Convention OCDE et l'attitude de la Suisse</i>
76	3.	<i>Vers l'application effective de la clause relative à l'échange de renseignements entre autorités fiscales canadiennes et suisses</i>
77	(a)	<i>Canaux d'échange - les conventions fiscales préventives de double imposition</i>
79	(i)	<i>La directive du Conseil de l'Union européenne en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts</i>
80	IV.	ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS EN MATIÈRE FISCALE : EST-CE LA FIN DES PARADIS FISCAUX ?
81	A.	Type de renseignements à échanger dans le Protocole et plus tard dans la Convention
82	B.	La notion de « renseignements pertinents » selon le Protocole
83	1.	<i>La notion de « renseignements pertinents » à la lumière du principe d'interprétation des termes conventionnels en droit fiscal</i>
84	2.	<i>Renseignements pertinents et interprétation globale du Protocole</i>
85	C.	La norme de contrôle des renseignements pertinents
86	1.	<i>Utilité et caractère raisonnable des renseignements</i>
86	2.	<i>Pertinence vraisemblable versus abus du droit</i>
88	3.	<i>Le fardeau de la preuve de l'existence d'éléments de fraude fiscale</i>
89	V.	SANCTION ET ÉTABLISSEMENT D'UNE NOUVELLE COTISATION
90	A.	Recours possibles du contribuable : contestation, modification et annulation de la cotisation
91	B.	Le bâton mais aussi la carotte : le programme de divulgations volontaires
92	VI.	CONCLUSION

La clause d'échange de renseignements à des fins fiscales dans le *Protocole d'accord Canada-Suisse du 22 octobre 2010* : est-ce la fin du rêve des paradis fiscaux pour les résidents du Canada ?

ARNAULD KAYEMBE TABU

I. INTRODUCTION

Successful tax avoidance by some can undermine the confidence that compliant taxpayers have that the tax system fairly distributes its burden among all those who benefit from government services. Maintaining a high rate of compliance, however, requires that noncompliance have consequences¹.

Tax evaders [are] stealing from their fellow citizens. The more successfully they escape what they owe, the more the rest of us have to pay².

Le 22 octobre 2010, la délégation du gouvernement du Canada, représentée par le très honorable Premier ministre Stephen Harper, au XIII^e Sommet de la Francophonie, à Montreux (Suisse), a fait d'une pierre deux coups en signant à Berne le *Protocole amendant la Convention fiscale entre le Gouvernement du Canada et le Conseil fédéral suisse du 5 mai 1997* (ci-après « Protocole »)³. Ce Protocole, dont la modification a trait à l'article 25 de la *Convention fiscale relatif aux échanges*

1 Danshera Cords, « Tax Protesters and Penalties: Ensuring Perceived Fairness and Mitigating Systemic Costs » (2005) 6 BYUL Rev 1515 à la p 1517, en ligne : BYU Law <<http://www.law2.byu.edu/lawreview4/archives/2005/6/2CORDS.FIN.pdf>>.

2 Jeffrey L Yablon, *As Certain as Death – Quotations About Taxes*, Falls Church (Va), Tax Analysts, 2010 à la p 247, en ligne : Tax Analysts : <<http://taxprof.typepad.com/files/yablon.pdf>> (citation de Elliot L Richardson, ancien procureur général des États-Unis).

3 *Loi de mise en œuvre des conventions conclues entre le Canada et le Maroc, le Canada et le Pakistan, le Canada et Singapour, le Canada et les Philippines, le Canada et la République dominicaine et le Canada et la Suisse, tendant à éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu*, Proclamation, entrée en vigueur le 16 décembre 2011, (TR/2012-17), (2012) Gaz I, 849 [Protocole]. Voir aussi Canada, Ministère des finances, *Protocole amendant la Convention fiscale entre le Gouvernement du Canada et le Conseil fédéral suisse du 5 mai 1997* (22 octobre 2010), en ligne : Ministère des finances <<http://www.fin.gc.ca/treaties-conventions/switzerland-suisse1-fra.asp>> [version non officielle].

de renseignements fiscaux, traduit la volonté du gouvernement canadien d'inclure dans la norme conventionnelle bilatérale les dispositions qui reflètent la norme développée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») en matière d'échange de renseignements fiscaux. L'échange de renseignements fiscaux entre États intéresse beaucoup la doctrine⁴ et le Protocole relance le débat.

Le présent article vise, d'une part, à élucider la portée exacte de l'article XI du Protocole, qui indique explicitement les modifications apportées à l'article 25 de la *Convention fiscale canado-suisse*. D'autre part, il entend éclairer le lecteur sur les effets concrets de l'insertion de la disposition relative à l'échange de renseignements dans la *Convention de double imposition canado-suisse de 1997* sur les obligations déclaratives des citoyens et résidents canadiens ayant un revenu imposable de source suisse dont ils n'auraient ni déclaré ni révélé l'existence au Canada. Plusieurs acteurs concernés par le Protocole, tant les présumés « cacheurs de fonds » ou « fraudeurs fiscaux » que les administrateurs appelés à faire appliquer le texte en vue de rapatrier des revenus imposables, ainsi que les « passeurs légaux », connus sous l'appellation anglo-saxonne de « corporate services providers » et qui sont des experts spécialisés dans des transactions de la finance offshore⁵, trouveront dans cette réflexion des éléments de réponse à leur questionnement, qui ne fait que commencer.

II. COMPRENDRE LE CONTEXTE DE L'ADOPTION DU PROTOCOLE D'ACCORD CANADA-SUISSE DE 22 OCTOBRE 2010

La modification en 2010, par voie de protocole d'accord, de la *Convention fiscale entre le Canada et la Suisse en vue d'éviter la double imposition* (ci-après « Convention »), fait suite à la recommandation que les gouvernements du G8 avaient formulée en vue de lutter contre la crise économique de 2008. De plus, il faut le rappeler, les modifications apportées à l'article 25 de la Convention sont, ou presque, identiques à celles apportées à l'article 25 du *Modèle de Convention concernant le revenu et la*

4 Voir Maria Flavia Ambrosanio et Maria Serena Caroppo, « Eliminating Harmful Tax Practices in Tax Havens: Defensive Measures by Major EU Countries and Tax Haven Reforms » (2005) 53:3 *Can Tax J* 685 (les auteurs traitent de la coopération à travers l'échange d'informations, sans envisager cette solution dans le cas du Canada avec la Suisse. Leur étude, au moment de la publication, ne reprenait d'ailleurs pas la Suisse parmi les paradis fiscaux); Martha O'Brien, « Canada, Capital Movements, and the European Union: Some Tax Implications » (2009) 57:2 *Can Tax J* 259 [O'Brien]; Angelo Nikolakakis, « Policy Forum: Who, What, Where, When, Why, and How—Discerning an Avoidance Transaction » (2009) 57:2 *Can Tax J* 294.

5 Voir François Gobbe, *Stop à l'évasion fiscale et à la compétition fiscale*, Bruxelles, Kairos Europe, 2005 [Gobbe]. Ce sont des professionnels du droit et des chiffres qui, comme le rappelle Gobbe : sur base des besoins de leurs clientèles se chargent de la création des sociétés écran et établissent les contacts avec les « prête-noms » et « boîte aux lettres » des centres offshore. Ils n'ont de cesse d'adapter les « véhicules » aux besoins et aux possibilités légales. Ce sont des représentants tout à fait honorables de professions honorables. Bien sûr, dans bon nombre de ces centres, la référence est le droit anglo-saxon et leurs compétences atteignent le professionnalisme. Un grand nombre de ces personnes viennent de centres réputés comme la City ou Genève (*ibid* à la p 35).

fortune de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)⁶. En effet, depuis les années 1990, l'OCDE, soit de sa première initiative, soit sur recommandation pressante des États ou des regroupements comme le G7, le G8 et le G20, a réalisé plusieurs études⁷ et a adopté des mesures concrètes pour combattre les paradis fiscaux à travers le mécanisme d'échange de renseignements fiscaux. La plus visible reste, sans conteste, la recommandation insistante faite aux États membres d'adopter la modification de l'article 25 de la *Convention modèle sur l'impôt sur les revenus et la fortune*. Depuis sa réunion à Berlin en 2004 et la publication de l'étude *Coopération fiscale : vers des règles du jeu équitables*⁸ en 2006, l'OCDE fait de la transparence et de l'échange de renseignements à des fins fiscales un cheval de bataille et un outil à même de saper l'impact des paradis fiscaux.

En septembre 2006, démontrant une planification fiscale agressive, les membres du *Forum sur l'administration fiscale de l'Organisation de coopération et de développement économiques* firent preuve d'un art de prémonition fort remarquable en prévoyant une crise économique ou financière éventuelle. Les experts prévinrent, non sans une certaine inquiétude, que des contribuables se livraient potentiellement à des pratiques susceptibles de mettre à mal l'application du droit fiscal :

[L'] application de nos droits fiscaux respectifs est aujourd'hui plus difficile car la libéralisation du commerce et des capitaux et les progrès technologiques ouvrent à un nombre croissant de contribuables les portes du marché mondial. Cet environnement économique plus ouvert est certes propice aux affaires et à la croissance mondiale, il peut toutefois mener à la mise en place de structures en marge de la réglementation fiscale et de schémas et pratiques de la part des contribuables tant nationaux qu'étrangers qui favorisent le non respect de nos droits fiscaux respectifs⁹.

Trois ans plus tard, le monde entier, désemparé au début, découvre l'ampleur des ravages et subit, enfin, la plus importante crise économique depuis

6 *Articles du modèle de convention concernant le revenu et la fortune*, Paris, OCDE, 2005, en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/50/27/35363892.pdf>>.

7 Voir *Tax Information Exchange between OECD Member Countries: A Survey of Current Practices*, Paris, OCDE, 1994. Voir aussi *Concurrence fiscale dommageable : Un problème mondial*, Paris, OCDE, 1998 (« l'étude de l'OCDE traite des pratiques fiscales dommageables qui prennent la forme de paradis fiscaux et de régimes fiscaux préférentiels dommageables dans les pays Membres de l'OCDE et les pays non membres, ainsi que dans leurs territoires dépendants. Il est centré sur les activités géographiques mobiles telles que les activités financières et autres prestations de services. Le Rapport définit les facteurs à utiliser pour identifier les pratiques fiscales dommageables et se poursuit par la formulation de 19 Recommandations de large portée destinées à lutter contre de telles pratiques » à la p 3).

8 *Coopération fiscale : vers des règles du jeu équitables*, Paris, OCDE, 2006, en ligne : OCDE <http://www.oecd.org/document/60/0,3746,fr_2649_33745_41546300_1_1_1,00.htm> [*Coopération fiscale*].

9 *Troisième réunion sur l'administration fiscale de l'OCDE, Déclaration de Séoul* (14-15 septembre 2006), en ligne : OCDE <<http://www.oecd.org/dataoecd/38/31/37414694.pdf>>.

celle des années 1930. En guise de rappel, « [l]a crise financière et économique qui a éclaté aux États-Unis s'est intensifiée en 2008 et a gagné le reste du monde, ce qui a eu des effets catastrophiques [...] »¹⁰ sur plusieurs plans de l'économie des États. En effet, précise Mouhoubi « [e]n 2007, le monde bascula dans le cauchemar. Une grave crise financière fit irruption suscitant la tourmente et surtout le désarroi des gouvernants de tous les pays. Des attermolements constatés au début de l'apparition des signes firent place rapidement à l'inquiétude. Des mesures sont prises dans la précipitation pour arrêter l'effondrement du système bancaire international »¹¹. Ainsi, pressentant la stagnation de l'économie et craignant que les grandes entreprises ainsi que les contribuables les plus fortunés ne cachent leurs revenus imposables dans certains autres États¹² où l'impôt sur le revenu est, soit inexistant, soit prélevé à un taux plus faible que celui applicable au Canada¹³, ce qui aurait eu pour conséquence de rétrécir l'assiette fiscale en temps de besoin urgent¹⁴, les dirigeants du G8 ont pressé tous les États qui ne l'avaient pas encore fait d'adopter et d'appliquer sans délai les mesures de l'OCDE sur la transparence et l'échange effectif des informations en matière fiscale.

En fait des mesures, il s'agit, en réalité, des recommandations formulées par des experts lors du *Forum mondial de l'OCDE*, dont le rapport sur la fiscalité visait « à déterminer les conditions nécessaires à l'établissement de règles du jeu équitables au niveau mondial dans les domaines de la transparence et de l'échange effectif de renseignements à des fins fiscales »¹⁵. C'est l'objet de ce Protocole dont il faut analyser les contours.

III. OBJET DE LA MODIFICATION DE LA CONVENTION FISCALE : ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS FISCAUX ENTRE LES DEUX ÉTATS

A. Base législative du principe d'échange de renseignements fiscaux

L'article XI du Protocole pose le principe d'échange d'informations ou renseignements à caractère fiscal dans le paragraphe suivant.

L'article 25 (Échange de renseignements) de la Convention est supprimé et remplacé par les dispositions suivantes :

10 Commission économique des Nations Unies pour l'Europe et l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture, *Revue annuelle du marché des produits forestiers, 2008-2009*, Genève, NU, 2009 à la p 1.

11 Salah Mouhoubi, *La face cachée de la crise financière mondiale*, Paris, L'Harmattan, 2009 à la p 9.

12 Voir Craig M Boise, « Breaking Open Offshore Piggybanks: Deferral and the Utility of Amnesty » (2007) 14:3 *Geo Mason L Rev* 667.

13 Voir Lee A Sheppard et Martin A Sullivan, « Multinationals Accumulate to Repatriate » (2009) 53:5 *Tax Notes Int'l* 376.

14 O'Brien, *supra* note 4 à la p 275.

15 *Coopération fiscale*, *supra* note 8 à la p 7.

ARTICLE 25 :

Échange de renseignements

1. Les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts visés par la Convention, dans la mesure où l'imposition qu'elle prévoit n'est pas contraire à la Convention. L'échange de renseignements n'est pas limité par l'article 1.

2. Les renseignements reçus en vertu du paragraphe 1 par un État contractant sont tenus secrets de la même manière que les renseignements obtenus en application de la législation interne de cet État et ne sont communiqués qu'aux personnes ou autorités (y compris les tribunaux et organes administratifs) concernées par l'administration, l'établissement ou le recouvrement des impôts sur le revenu ou sur la fortune, par les procédures ou poursuites concernant ces impôts ou par les décisions sur les recours relatifs à ces impôts. Ces personnes ou autorités n'utilisent ces renseignements qu'à ces fins. Elles peuvent révéler ces renseignements au cours d'audiences publiques de tribunaux ou dans des jugements. Malgré ce qui précède, les renseignements reçus par un État contractant peuvent être utilisés à d'autres fins si la législation des deux États et l'autorité compétente de l'État requis autorisent pareille utilisation.

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne peuvent en aucun cas être interprétées comme imposant à un État contractant l'obligation :

a) de prendre des mesures administratives dérogeant à sa législation et à sa pratique administrative ou à celles de l'autre État contractant ;

b) de fournir des renseignements qui ne pourraient être obtenus sur la base de sa législation ou dans le cadre de sa pratique administrative normale ou de celles de l'autre État contractant ;

c) de fournir des renseignements qui révéleraient un secret commercial, industriel ou professionnel ou un procédé commercial ou des renseignements dont la communication serait contraire à l'ordre public.

4. Si des renseignements sont demandés par un État contractant conformément à cet article, l'autre État contractant utilise les pouvoirs dont il dispose pour obtenir les renseignements demandés, même s'il n'en a pas besoin à ses propres fins fiscales. L'obligation qui figure dans la phrase précédente est soumise aux limitations prévues au paragraphe 3 sauf si ces limitations sont susceptibles d'empêcher un État contractant de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci ne présentent pas d'intérêt pour lui dans le cadre national.

5. En aucun cas les dispositions du paragraphe 3 ne peuvent être interprétées comme permettant à un État contractant de refuser de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci sont détenus par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété dans une personne. Pour obtenir ces renseignements, les autorités fiscales de l'État contractant requis ont le droit, si l'exécution des obligations de celui-ci en vertu du présent paragraphe le requiert, d'exiger la divulgation des renseignements visés par le présent paragraphe, malgré le paragraphe 3 ou toute disposition contraire de la législation interne de cet État¹⁶.

B. Fondement de la norme d'échange de renseignements

La chasse aux informations fiscales des contribuables intéresse chaque État, car la capacité d'un État à promouvoir une prospérité largement partagée et à se doter de services capables de s'acquitter efficacement de la gestion et de la collecte de l'impôt est étroitement tributaire des recettes prélevées auprès d'un grand nombre de contribuables¹⁷. Faciles à l'intérieur des frontières nationales¹⁸, la recherche et l'obtention d'informations fiscales sur ses contribuables deviennent, sur le plan international, une véritable épine que le secret bancaire de certains États ainsi que le principe de souveraineté des États rendent souvent difficile

16 *Protocole, supra* note 3, art XI.

17 OCDE, Direction de la coopération pour le développement, *Fiscalité, renforcement de l'État et aide, Note de synthèse* (mars 2008), en ligne : OCDE <<http://www.oecd.org/dataoecd/3/8/43487839.pdf>>.

18 Voir notamment *MRN c Drosy*, 2007 CF 932 au para 18, 2007 DTC 5603 (le juge Shore écrit qu'« [u]ne demande de renseignements, faite [sic] aux termes du paragraphe 231.2(1) [de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, LRC 1985 (5^e suppl), c 1], "[...] investit le ministre du pouvoir de contraindre un contribuable à fournir tout « renseignement » [...] »). Voir aussi *Tower c MNR*, 2003 CAF 307, [2004] 1 RCF 183.

Suisse du 22 octobre 2010 : est-ce la fin des paradis fiscaux pour les résidents du Canada ?

à contourner¹⁹. Face à de tels obstacles, le salut se révèle, le plus souvent, dans les conventions fiscales en vue d'éviter les problèmes de doubles impositions sur les revenus et la fortune, en vertu desquelles un accent particulier est accordé à l'assistance fiscale internationale²⁰. Cette assistance, essentiellement administrative²¹, se présente sous deux formes, d'une part l'assistance à l'assiette et, d'autre part, l'assistance au recouvrement. La seconde ne nous intéresse pas aux fins de cette étude. La première, en revanche, dans la mesure où elle a trait à l'échange de renseignements permettant à l'État « A » de retracer le pavé des avoirs et revenus imposables, mais non déclarés ou non révélés, détenus par ses contribuables dans l'État « B », constitue un des aspects essentiels du Protocole. Il s'agit en effet de « l'assistance mutuelle en tant que moyen pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales internationales »²², laquelle n'est plus « un aspect méconnu du contrôle fiscal »²³.

Au Canada, la quasi-totalité des conventions fiscales préventives de double imposition prévoit l'échange de renseignements fiscaux sans contrainte ni insistance particulières. Toutefois, la nécessité d'y recourir s'est accrue ces dernières années au point de devenir une urgence, depuis que « l'Agence du revenu du Canada a découvert plus d'un milliard de dollars en impôt fédéral impayé de contribuables canadiens qui cachaient des biens et des comptes à l'étranger ou au moyen d'autres transactions internationales »²⁴. Citant le ministre canadien des Finances, un journal suisse précisa qu'une liste contenant les noms de plusieurs fraudeurs ayant caché d'importantes sommes d'argent dans la banque suisse HSBC avait été communiquée

19 Voir généralement Najib Gharbi, *Le contrôle fiscal des prix de transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005 à la p 273 (où l'auteur note que la souveraineté fiscale dont dispose un État lui permet d'édicter des lois fiscales, mais celles-ci n'étant applicables en principe qu'à l'intérieur du territoire national, le service chargé du contrôle n'a aucun titre de compétence pour agir au-delà des frontières nationales. Or, la stricte limitation du pouvoir fiscal de chaque État à ses propres frontières comporte à la fois le risque d'entraîner une double imposition et la fraude fiscales internationales) [Gharbi].

20 Patrick Dibout, « Assistance fiscale internationale » (1986) J-cl Dr Fisc Intl, Fasc 358 art 5.

21 Gharbi, *supra* note 19 à la p 274 (où l'auteur cite le Bulletin officiel de la Direction générale des impôts, Instruction du 17 déc 1981, 13-K-81. D'après cette instruction, l'assistance administrative est « l'ensemble des opérations traduisant une coopération entre les administrations fiscales de deux (ou plusieurs) États en vue de permettre une application correcte des dispositions régissant l'assiette, le contrôle et le recouvrement des impôts de chacun des États intéressés. En d'autres termes, les États qui se prêtent assistance acceptent de mettre en œuvre les divers moyens juridiques et pratiques que leur confère leur législation nationale pour aider une administration étrangère à remplir ses attributions fiscales sans se heurter aux limites de souveraineté que constituent les frontières nationales »).

22 Voir Maurice Bette, « L'assistance mutuelle, en tant que moyen pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales internationales » (janvier 1981) 23 Revue du marché commun 301, supplément à 243 Revue du marché commun et l'union européenne.

23 Voir Thierry Lambert, « Un aspect méconnu du contrôle fiscal : l'assistance fiscale internationale » (2000) 4/00 Bulletin fiscal Francis Lefebvre 215.

24 Agence du revenu du Canada, communiqué, « Le Canada s'attaque aux titulaires des comptes non déclarés à l'étranger » (30 septembre 2010), en ligne : Agence du revenu du Canada <<http://www.cra-arc.gc.ca/nwsrm/r/2010/m09/nr100930-fra.html>>.

aux autorités gouvernementales²⁵. En fait, plusieurs citoyens ou résidents, pas forcément malhonnêtes, possèdent, en Suisse ou ailleurs dans le monde, des comptes en banque et des avoirs qu'ils ne souhaiteraient pas déclarer au fisc canadien. Cette situation entraîne comme conséquence l'amointrissement de l'assiette fiscale, c'est-à-dire, des revenus sur lesquels l'administration fiscale espère percevoir de l'impôt. On parle alors d'évasion et de fraude fiscale, lesquelles, sur le plan strictement technique, ne sont pas une seule et même réalité²⁶. En termes de manque à gagner, les chiffres énoncés par les journaux sont énormes, et le gouvernement du Canada a eu le courage de conclure les pourparlers avec la signature du Protocole. Un bon moment, sans doute, au regard de la crise économique mondiale dont les effets ont laissé des traces auxquelles les autorités tentent de trouver des solutions, l'une d'elles étant le renforcement de l'efficience en ce qui a trait au recouvrement de l'impôt.

C. Effets de l'adoption de la nouvelle norme standard de l'Organisation de coopération et de développement économiques sur l'échange de renseignements à caractère fiscal

Le Protocole ouvre la voie à l'accès aux renseignements visant à ramener au Canada des revenus appartenant aux résidents canadiens, mais cachés dans des comptes bancaires suisses. Il « permet aux autorités fiscales canadiennes d'obtenir les informations pertinentes pour l'application et l'administration des lois fiscales

25 « Fiscalité : Suisse et Canada vont accorder leurs violons » (12 janvier 2010), en ligne : http://www.swissinfo.ch/fre/politique_suisse/Fiscalite:_Suisse_et_Canada_vont_accorder_leurs_violons.html?cid=8064580 (selon plusieurs sources, le fisc canadien aurait identifié 33 millions de dollars d'impôts impayés sur des déclarations fiscales de 236 contribuables canadiens possédant un compte en Suisse, mais qui en avaient jusque-là caché l'existence à Ottawa. Ces déclarations fiscales font suite à la remise au Canada, par la France, d'une liste de détenteurs d'un compte suisse de la banque HSBC sur laquelle figurent les noms de quelque 1 800 contribuables canadiens. Cette liste provient des fichiers informatiques cryptés qui ont été volés à la banque par un ancien employé de la filiale genevoise de HSBC, Hervé Falciani, et que la justice française a saisis en janvier 2009). Voir aussi Jennifer Ditchburn, « Fraudeurs du fisc : Harper conclut un accord avec la Suisse » *Le Soleil* (22 octobre 2010), en ligne : <http://www.cyberpresse.ca/le-soleil/affaires/actualite-economique/2010/10/22/01-4335149-fraudeurs-du-fisc-harper-conclut-un-accord-avec-la-suisse.php> [Ditchburn].

26 Si l'évasion fiscale est le fait de placer dans un pays étranger des fonds qui ne seront pas déclarés au pays de domicile, ce dernier se voyant spolié de rentrées fiscales sur la fortune évadée, la fraude fiscale, elle, est vue comme un comportement astucieux qui consiste à tromper le fisc. Selon Attac, *Les paradis fiscaux ou la finance sans lois*, Paris, Mille et Une Nuits, 2003 à la p 16, l'évasion fiscale serait largement favorisée par « la mobilité grandissante des capitaux et des marchandises, liée à des différences entre les législations fiscales nationales, conduit de plus en plus d'entreprises et de particuliers à profiter de ces disparités pour réduire leurs taxations. Ces opérations n'impliquent pas forcément des manœuvres frauduleuses et peuvent présenter tous les aspects de la légalité ». À l'instar de toute fraude dont la sanction, à savoir, la nullité est rappelée par la célèbre expression latine « *fraus omnia corrumpit* », la fraude fiscale est davantage condamnable, car : « [f]rauder l'impôt peut s'analyser comme une "tricherie" par rapport au "contrat social" qui relie les citoyens d'une nation : certains vont laisser la charge du financement des dépenses communes aux autres, tout en bénéficiant des prestations sociales et des services publics. Car ce qui est fraudé par les uns est finalement payé par les autres » (*ibid* à la p 15).

Suisse du 22 octobre 2010 : est-ce la fin des paradis fiscaux pour les résidents du Canada ?

canadiennes et les aident à prévenir l'évasion fiscale internationale »²⁷. Et avec raison : « [L]a Suisse s'est montrée très coopérative avec nous à cet égard »²⁸, a déclaré le Premier ministre Harper avant d'ajouter que « l'accord de double imposition que nous signons aujourd'hui améliorera la coopération entre les deux pays et nous allons évidemment utiliser les informations acquises à l'aide de cet accord pour nous assurer que les Canadiens respectent les lois canadiennes sur l'impôt »²⁹. Toutefois, si le gouvernement canadien peut finalement jeter un coup d'œil inquisiteur dans ces impénétrables comptes bancaires en Suisse à la suite d'une entente de modifications à la convention fiscale entre le Canada et la Suisse, les contribuables pourront, pour leur part, s'estimer scandalisés par ce qui pourrait ressembler à une intrusion dans leur vie privée, comme ce fut le cas aux États-Unis d'Amérique³⁰.

Quoi qu'il en soit, l'accent sur l'attitude coopérative actuelle du gouvernement suisse quant à l'échange de renseignements en matière fiscale donne une indication claire que malgré l'ancienneté de la coopération sur cette question entre les deux États, la Suisse a toujours eu des réticences à offrir une assistance fiscale internationale entière et complète pour deux raisons essentielles : le secret bancaire et son étiquette de paradis fiscal.

La modification apportée à l'article 25 de la Convention, notamment l'ajout du paragraphe 5, annonce la fin des obstacles chaque fois brandis par la Suisse pour justifier l'inexécution de ses obligations découlant de la convention fiscale du 5 mai 1997³¹. D'une manière générale, l'ajout du paragraphe 5 à l'article 26 de la *Convention modèle de l'OCDE* en 2005 est une réponse adaptée au cercle vicieux auquel se butait généralement un État devant respecter une convention fiscale dont l'autre État n'exécutait pas les clauses en raison des dispositions dans sa législation interne pénalisant la violation du secret bancaire. Et cela n'est nullement une surprise. En effet « [d]ans la plupart des pays, les banques et autres institutions financières assimilées sont tenues de protéger la confidentialité des affaires financières de

27 Premier ministre du Canada, communiqué, « Nouveaux accords entre le Canada et la Suisse » (22 octobre 2010), en ligne : <<http://pm.gc.ca/fra/media.asp?id=3727>>.

28 Ditchburn, *supra* note 25.

29 *Ibid.*

30 UIS Const amend IV, dispose que « [t]he right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures [...] ». Voir aussi Privacy Protection Study Commission, *Report of the Privacy Protection Study Commission: The Citizen as Taxpayer* (1977) en ligne : EPIC.org <<http://epic.org/privacy/ppsc1977report/appendix2.pdf>> (« [t]o fulfill the requirements of the Internal Revenue Code, the Internal Revenue Service collects and maintains vast amounts of information about all individual taxpayers. Congress has determined that the compelling societal need to finance government activities warrants the intrusion into the lives of individuals that compliance with the Internal Revenue Code inevitably entails » à la p 6); William J Stuntz, « Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure » (1995) 93 Mich L Rev 1016 (où l'auteur explique que « [t]he government needs certain kinds of information from taxpayers in order to enforce the tax laws. It cannot require disclosure only in cases in which it has some basis for suspecting a violation, because then it could not uncover violations » à la p 1032).

31 *Protocole*, *supra* note 3, art XI (voir notamment le paragraphe 25(5) tel que cité dans la partie III(A) ci-dessus).

leurs clients. Cette obligation (« secret bancaire ») peut non seulement mettre des renseignements bancaires à l'abri d'une divulgation à des tiers, mais aussi affecter l'accès à ces informations par les autorités gouvernementales, y compris les autorités fiscales³².

Enfin, l'ajout du paragraphe 5 au texte de la disposition 26 de la *Convention modèle de l'OCDE* qui apparaîtra bientôt dans les conventions bilatérales préventives de double imposition sur les revenus et la fortune fait sauter le verrou du secret bancaire, et contribue efficacement à :

[r]enforcer l'obligation à la coopération des parties contractantes. Le paragraphe 4 établit que les parties ne peuvent refuser leur coopération uniquement en raison de différences dans leurs lois domestiques en ce qui concerne l'évitement ou la fraude fiscale. Le paragraphe 5 établit que les parties ne peuvent refuser leur coopération uniquement en raison du secret bancaire, c'est-à-dire en raison de la détention des renseignements demandés par une institution financière ou un agent ou autre intermédiaire³³.

1. Un combat de longue haleine : la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale internationales des fortunes placées en Suisse

Bruno Gurtner et al., rappellent que « [l]a spécialité de la Suisse est la gestion de fortune pour la clientèle étrangère. La gestion de fortune hors du pays d'origine de la clientèle est qualifiée d'« offshore private banking »³⁴. Avec la gestion de près d'un tiers des fortunes privées mondiales placée à l'étranger³⁵, la Suisse se situe au sommet des pyramides dominantes en la matière. Ces fortunes, une fois à l'extérieur de leur pays d'origine, se trouvent alors généralement hors de portée du fisc. Konrad Hummler, associé de la banque privée Wegelin, dans un aveu sans

32 Comité des affaires fiscales, *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales*, Paris, OCDE, 2006, à la p 16, en ligne : OCDE <<http://www.oecd.org/dataoecd/2/28/36667321.pdf>> [*Manuel de l'OCDE*].

33 Gilles N Larin et Alexandra Diebel, « Le protocole Canada-Suisse du 22 octobre 2010 : le secret bancaire suisse est-il menacé, eu égard aux recettes fiscales canadiennes ? » (13 décembre 2010), en ligne : Université de Sherbrooke, Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques <[http://acpcol01.usherbrooke.ca/prod/recherche/chairefisc.nsf/alldoc/8B39C442489A0549852577F8006A546B/\\$file/2010-12-13%20Expose%20sur%20le%20protocole%20CDA-CH.pdf?>](http://acpcol01.usherbrooke.ca/prod/recherche/chairefisc.nsf/alldoc/8B39C442489A0549852577F8006A546B/$file/2010-12-13%20Expose%20sur%20le%20protocole%20CDA-CH.pdf?>)> [Larin et Diebel].

34 Bruno Gurtner, Jean-Claude Huot et Andreas Missbach, « Taxez-nous si vous pouvez ! L'aide de la Suisse à l'évasion fiscale nuit aussi aux pays en voie de développement », dans Olivier Longchamp, Alessandro Pelizzari et Florence Proton, dir, *Finances publiques : lutte des caisses, lutte des classes ? Concurrency fiscale et service publique*, Lausanne, Antipodes, 2008, 81 à la p 82 [Gurtner et al].

35 Voir Ulrich Thielemann, « Grundsätze fairen Steuerwettbewerbs—Ein wirtschaftsethisches Plädoyer für einen Steuerleistungswettbewerb » dans Bernd Britzelmaier et al, dir, *Regulierung oder Deregulierung der Finanzmärkte*, Heidelberg, Physica-Verlag, 2002, 113 (à cet égard, l'Association suisse des banquiers rapporte qu'il s'agit de 30 à 40 % des fortunes privées mondiales qui sont placées à l'étranger).

détours, mais combien interpellant, est formel : « [l]a majorité des personnes qui placent des avoirs en Suisse contournent le fisc »³⁶. Cette estimation est largement consolidée par le rapport Montebourg élaboré par une délégation de parlementaires français. Le rapport estimait, en s'appuyant sur des indications provenant des milieux bancaires genevois, à 90 % la part non déclarée de la fortune privée étrangère gérée en Suisse, devenue désormais la plaque tournante des capitaux internationaux³⁷. La Deutsche Bank approchait cette part à 70 %³⁸. Comme on peut le constater, le chiffre du montant total de l'évasion fiscale internationale demeure une énigme, de sorte qu'une étude empirique s'impose comme une nécessité urgente. En effet, des transactions et des dépôts dans les paradis fiscaux sont souvent entourés d'une opacité impressionnante et soigneusement entretenue. Néanmoins, certaines estimations de l'ampleur du phénomène ont été réalisées. Les calculs du Tax Justice Network estiment à environ 11,5 billions (milliards de milliards) de dollars les avoirs personnels de fortunes privées à hauts revenus placés dans les paradis fiscaux³⁹. La plus grande partie de cette somme est non déclarée et donc non imposée dans le pays de résidence de ses propriétaires⁴⁰. Les bénéfices d'une taxation équitable de ces seuls avoirs personnels — laissant donc de côté les sommes indubitablement plus considérables perdues en raison de l'évasion et de la fraude fiscale des entreprises — surpasseraient largement toute augmentation réaliste des budgets d'aide des pays riches. Le revenu annuel mondial de ces fortunes non déclarées atteint probablement quelque 860 milliards de dollars⁴¹. L'imposition de cette somme à un taux modéré de 30 % générerait dès lors environ 255 milliards de dollars par an.

Tout ceci a pu être rendu possible quand la Suisse a soigneusement institué dans sa législation le concept de « secret bancaire »⁴², faisant de ce pays l'ancêtre

36 Gurtner et al, *supra* note 34 aux pp 83-84.

37 Voir René Chopard, « La Banque suisse face au défi européen » (1989) 25 *Annales de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont-Ferrand* 246.

38 William Hall et Charles Pretzlik, « Alps provide no shelter for Switzerland's private banks: Cosy world of privileged care is ill-equipped to deal with tough times », *Financial Times* [Londres, R-U] (24 avril 2003) 18.

39 Tax Justice Network, « Briefing Paper: The Price of Offshore » (mars 2005) à la p 1, en ligne : Tax Justice.net <http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Briefing_Paper_-_The_Price_of_Offshore_14_MAR_2005.pdf>.

40 Tax Justice Network, « Taxez-nous si vous pouvez : L'histoire vraie d'un échec global » (septembre 2005) aux pp 17, 34-37, en ligne : Tax Justice.net <http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/TUIYC_-_edition_francaise_-_30_Aout_2005.pdf> [Tax Justice, *Taxez-nous si vous pouvez*]. Voir aussi « World Wealth Report 1998 » (1998) à la p 4, en ligne : CapGemini.com <<http://www.capgemini.com/m/en/doc/WWR98.pdf>> ; Boston Consulting Group, « Global Wealth Report 2003 » (2003) à la p 11, en ligne : Matthias Wesseling.de <<http://www.matthiaswesseling.de/CMS/ReadPDF.php?filename=Winning-in-Challenging-Market-Global-Wealth-Report-Jul-2003.pdf>>.

41 Voir Tax Justice, *Taxez-nous si vous pouvez*, *supra* note 40 à la p 18 (estimations selon lesquelles les détenteurs de la richesse enregistrent des bénéfices sur leurs actifs de 7 à 8 % par année).

42 Voir généralement Sébastien Guex, « Les origines du secret bancaire suisse et son rôle dans la politique de la Confédération au sortir de la Seconde Guerre mondiale » (1999) 34 *Genèses* 4 [Guex]. Voir aussi Peter Hug, « Les vraies origines du secret bancaire, démontage d'un mythe » *Le Temps* (28 avril 2000), en ligne : *Le Temps* <www.letemps.ch>.

réputé des abris fiscaux du monde⁴³. Faire tomber le secret bancaire signifie à la fois lutter contre les pratiques fiscales frauduleuses et faciliter l'accès par les gouvernements étrangers qui en justifieraient la demande aux revenus imposables de leurs résidents qui leur échappaient jusque-là.

2. Le déverrouillage de l'obstacle : la fin du secret bancaire suisse

Un aperçu historique du secret bancaire aiderait à mieux en suivre l'évolution, mais surtout à en saluer la levée, dont l'une des conséquences est l'insertion dans la convention canado-suisse de la disposition de l'article 26 de la *Convention modèle de l'OCDE*.

(a) *Un bref retour sur les origines du secret bancaire suisse*

D'une manière simple, le secret bancaire est une obligation juridique selon laquelle une banque, ainsi que ses cadres, employés et mandataires sont tenus d'observer la discrétion sur les données personnelles de leurs clients – qu'elles soient des personnes physiques ou morales. Contestant la version la plus répandue du secret bancaire en vigueur depuis la fin des années 1960, selon laquelle ce concept aurait été institué en 1934 lors de l'adoption de la *Loi fédérale sur les banques*⁴⁴ et qu'il était une mesure visant à venir en aide aux victimes avant tout juives des persécutions nazies, Sébastien Guex⁴⁵ pense, en revanche, qu'en 1934 on assistait plutôt au renforcement du secret bancaire suisse. Pour lui, en effet, « depuis la fin du XIX^e siècle déjà, la pratique du secret bancaire était profondément ancrée dans l'activité bancaire. Cette pratique se basait alors sur deux sources juridiques : d'une part le droit des obligations prescrivait le devoir de discrétion entre contractants et d'autre part, le droit civil garantissait la protection de la sphère intime »⁴⁶. Le mécanisme du long règne du secret bancaire suisse tenait à sa double spécificité : sa violation est assortie de sanctions pénales et seuls un juge ou une autorité habilitée spécialement par la loi pouvait en ordonner la levée. À ce noyau dur s'ajoutait une distinction artificielle au sein du système pénal fiscal suisse qui n'établissait aucun lien juridique entre la soustraction fiscale ou la non-déclaration de ses revenus, considérée alors

43 Christian Chavagneux et Ronen Palan, *Les paradis fiscaux*, Paris, La Découverte, 2006 aux pp 11-14 (à défaut de définir un paradis fiscal, ils lui préfèrent dix critères, soit : une taxation faible ou nulle pour les non-résidents, un secret bancaire renforcé, un secret professionnel étendu, une procédure d'enregistrement des entreprises souple, la liberté totale des mouvements de capitaux internationaux, la rapidité d'exécution des ventes, la présence d'un grand centre financier (infrastructure en matière de technologie de l'information), la stabilité économique et politique, une bonne image de marque et un réseau d'accords bilatéraux signés avec les grands pays afin d'éviter une double taxation des filiales d'entreprises).

44 *Loi sur les banques*, RS 952.0, art 47, en ligne : Les autorités fédérales de la Confédération Suisse <http://www.admin.ch/ch/f/rs/c952_0.html> (cette disposition sanctionnait par voie pénale la violation du secret bancaire).

45 Guex, *supra* note 42 à la p 4.

46 *Ibid* à la p 5.

comme une « simple » contravention, et la fraude ou l'escroquerie fiscale qui étaient perçues comme des délits⁴⁷. Le droit suisse a donc une particularité assez curieuse de ne jamais assimiler à la fraude fiscale la soustraction ou la non-déclaration de ses revenus de façon délibérée⁴⁸.

Pourtant, la fraude fiscale se distingue de la soustraction : dans ce dernier cas, un élément s'ajoute au comportement du contribuable, celui de commettre ou d'utiliser un faux document qui sera produit au fisc. Au Canada, par exemple, l'omission n'est pas moins grave que la fraude, et l'élément d'intention n'est pas pertinent, comme la Cour fédérale l'a clairement énoncé⁴⁹.

(b) *Levée du secret bancaire : réelle chance pour l'échange d'informations*

Objet de controverses et de luttes, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la Confédération helvétique, le secret bancaire a souffert de plusieurs attaques dont les plus viriles étaient notamment marquées par les pressions en 2009 de la part du G8 de placer la Suisse sur la liste noire des paradis fiscaux, au cas où elle ne coopérerait pas avec les autres États en matière d'échange de renseignements fiscaux⁵⁰. Aussi, « [p]renant conscience de l'importance croissante de la collaboration internationale en matière fiscale en raison de la globalisation des marchés financiers sur un fond de crise financière, le Conseil fédéral a décidé de reprendre cette norme [Convention

47 Voir Xavier Oberson, *Droit fiscal suisse*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998 à la p 458.

48 Nicolas Reichen, « Evasion, soustraction et fraude fiscale et blanchiment de capitaux. Des distinctions utiles s'imposent » (2002) 8 L'Expert-comptable suisse 705 à la p 706 [Reichen].

49 Voir notamment *Northview Apartments Ltd c Canada*, 2009 CF 74, [2009] 3 CTC 217 (d'après le juge Martineau, « le régime fiscal repose sur l'autocotisation et l'auto-déclaration, dont sont responsables les contribuables envers l'ARC » au para 11). Voir également, *Smith c Agence du revenu du Canada*, 2009 CF 694 au para 24, [2010] 1 CTC 231 (où la juge Gauthier ajoute que « la pénalité infligée au demandeur dans la présente affaire vise à constituer une conséquence significative pour l'omission de faire preuve de diligence dans l'autocotisation et l'auto-déclaration des revenus à l'ARC. Dans les présentes circonstances, l'intention n'a aucune pertinence, pas plus que la proportionnalité de la pénalité par rapport à l'impôt, puisque les législatures ont choisi de lier la pénalité au revenu que le contribuable a omis de déclarer, et cette omission de déclarer est le comportement que la pénalité vise à sanctionner » [surligné dans l'original]).

50 *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, ODCE, 2008 [*Convention modèle de l'OCDE*] (avant mars 2009, malgré sa place au sein des membres de l'OCDE, la Suisse avec certains autres membres comme l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg a toujours hésité d'appliquer, dans ses conventions fiscales préventives de double imposition, l'art 26 de la *Convention modèle de l'OCDE*. Ainsi, l'échange d'informations était limité au cas de fraude fiscale, expression qu'elle prenait soin de ne pas interpréter largement. Et non au cas des soustractions ou omissions fiscales. Le tournant surprend la Suisse le 13 mars 2009. Sous la pression internationale, la Suisse acceptait de retirer ses réserves à l'art 26, de sorte que celui-ci lui sera désormais applicable sans aucune restriction. Ce revirement tient au fait que la Suisse était menacée de figurer sur une « liste noire » du G20. La Suisse a eu raison de ne pas sous-estimer les conséquences d'une mise à l'index. Le G20 a finalement abouti à une liste grise, dont fait partie la Suisse et dont elle ne sera rayée que si elle conclut au moins douze CDI correspondant aux standards de l'OCDE. Le Conseil fédéral, suite à ses engagements, a ainsi entamé des négociations afin de réviser les CDI en vigueur et de les adapter à l'art 26 de la *Convention modèle de l'OCDE*. Ces CDI révisés ne prévoient donc plus de distinction entre soustraction et fraude fiscale, les deux infractions donnant lieu à un échange de renseignements).

modèle de l'OCDE]⁵¹ dans les négociations en vue de la conclusion de nouvelles CDI [conventions bilatérales de double imposition] »⁵².

Devrait-on pour autant parler déjà de l'application effective de la clause d'échange de renseignements à des fins fiscales? Sans doute pas. Mais avant, il semble indiqué de voir à quel point cette question est importante pour le Canada dans ses conventions avec d'autres pays. Et cela permettra d'inférer sur l'évolution que le nouveau Protocole apporte dans la lutte contre la fraude fiscale.

(i) *L'apport de la Convention modèle de l'OCDE et de ses directives en ce qui concerne l'échange de renseignements aux conventions fiscales entre le Canada et d'autres pays*

Le monde d'aujourd'hui est devenu un petit village⁵³ à cause de la libéralisation des échanges connue sous l'appellation de mondialisation. Ce phénomène a rendu flexible non seulement la libre circulation des personnes, mais aussi celle des flux de capitaux. Les techniques accompagnant la mobilité des capitaux sont tellement sophistiquées qu'il est parfois difficile d'en sentir la moindre odeur ou d'en retracer aisément les méandres. Appartenant aux personnes physiques ou morales résidentes, les capitaux, mais surtout les impôts qui y sont prélevés, constituent le lit essentiel des revenus des États. Lorsque ces revenus et des biens susceptibles d'en produire sont situés dans les limites des frontières d'un État, ce dernier a toute la latitude à les imposer. Tandis qu'ils sont localisés à l'étranger, ils échappent *a priori* à la juridiction fiscale de l'État dont les propriétaires sont résidents. En effet, cet État n'a aucune compétence à les imposer à son régime fiscal sans se buter à la souveraineté d'autres États. Qui plus est, ces flux sont à la merci de la volonté du propriétaire qui, s'il le veut, peut les sous-déclarer ou en dissimuler l'existence. C'est pour cette raison que, à l'instar de la plupart des États du monde, le Canada a conclu des conventions fiscales préventives de double imposition sur le revenu et sur la fortune, mais il privilégie les accords d'échange de renseignements en matière fiscale⁵⁴ (AERF) pour atteindre des revenus et des biens situés à l'étranger appartenant à ses résidents, et sur lesquels il a la prétention légitime de prélever des impôts. Il faudra manifester cette volonté

51 *Ibid* (ici, c'est effectivement le paragraphe 5 ajouté à l'art 26 de la *Convention modèle de l'OCDE* en 2005).

52 Département fédéral des finances, *Feuilles d'information sur les principaux dossiers*, Berne, Confédération Suisse, mars 2010 à la p 35, en ligne : Confédération Suisse <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/index.html?lang=fr>>.

53 Voir Jeffrey Owens, « International Taxation Within a Context of Economic Globalization » (1998) 52:7 *Bulletin for International Fiscal Documentation* 290.

54 Ministère des finances, communiqué, « Accords d'échange de renseignements en matière fiscale : Renseignements de base sur la politique du Canada » (29 août 2009), en ligne : Ministère des finances du Canada <http://www.fin.gc.ca/n08/data/09-080_1-fra.asp> [Ministère des finances] (on y lit la définition suivante de l'AERF : « L'accord d'échange de renseignements en matière fiscale (AERF) désigne un accord bilatéral en vertu duquel deux pays conviennent d'échanger des renseignements pertinents pour l'administration et l'application des lois fiscales nationales de chacune des parties »).

Suisse du 22 octobre 2010 : est-ce la fin des paradis fiscaux pour les résidents du Canada ?

ou cette intention, ou bien faudra-t-il obtenir des renseignements, autrefois « nécessaires »⁵⁵, mais actuellement « pertinents », des autorités étatiques compétentes. De ce point de vue, les directives de l'OCDE en matière de renseignements à des fins fiscales sont d'une importance non négligeable pour le Canada. L'Agence du revenu du Canada [ci-après ARC] l'admet très clairement :

Les renseignements provenant des gouvernements étrangers aident l'ARC à détecter et à décourager la dissimulation du revenu. Le Canada est membre d'un important réseau de conventions fiscales qui communique des renseignements dans le but de contrer l'évasion fiscale internationale. Les conventions fiscales avec d'autres pays visent à éviter les situations où des contribuables doivent payer l'impôt au Canada et dans un autre pays sur un même revenu. Elles servent aussi à prévenir l'évitement fiscal et l'évasion fiscale. Le Canada a un vaste réseau de conventions fiscales qui regroupe 87 pays, ce qui permet à l'ARC d'obtenir ou de communiquer des renseignements fiscaux sur les résidents ou les entreprises de ces territoires⁵⁶.

Aux termes du communiqué du ministre des Finances, le Canada attache une importance singulière aux AERF parce qu'il « estime que la capacité d'échanger des renseignements fiscaux entre pays est une condition importante pour conférer aux autorités fiscales les moyens d'assurer l'application des lois »⁵⁷. À ce jour, le Canada a signé 13 AERF dont le dernier avec le gouvernement de Guernesey en date du 19 janvier 2011⁵⁸. Ailleurs, « l'Allemagne et les États-Unis en ont signé chacun 13 et en tout 600 AERF ont été signés à travers le monde »⁵⁹. L'échange de renseignements à des fins fiscales, aussi bien par des AERF que par des modifications aux conventions fiscales préventives de double imposition, tend à lutter contre l'évasion et la fraude fiscale internationales, et répond en même temps à inoculer une dose supplémentaire de civisme fiscal aux contribuables d'un État. Ce dernier

55 Voir généralement Larin et Diebel, *supra* note 33 (les auteurs montrent l'évolution de la terminologie, laquelle, estiment-ils, constituent un indice de l'allègement du fardeau de la preuve : « Auparavant, le paragraphe 1 de l'article 26 appelait les États à l'échange des "renseignements nécessaires pour appliquer les dispositions de la présente convention [...]" tandis qu'après 2005 la phrase correspondante disait : "les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente convention" [...] » à la p 9).

56 Agence du revenu du Canada, communiqué, « Utiliser les paradis fiscaux pour ne pas payer d'impôt : Cela en vaut-il le risque ? » (18 mars 2011) à la p 10, en ligne : Agence du revenu Canada <<http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tg/rc4507/rc4507-09f.pdf>>.

57 Ministère des finances, *supra* note 54.

58 *Ibid.*

59 Ministère des finances, communiqué, « Accord entre le Gouvernement du Canada et les États de Guernesey, agissant en vertu d'un mandat du gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, sur l'échange de renseignements en matière fiscale » (18 mars 2011), en ligne : Ministère des finances du Canada <<http://www.fin.gc.ca/treaties-conventions/guern-agree-fra.asp>> [version non officielle]. Voir aussi Larin et Diebel, *supra* note 33 à la p 2.

se construit avec l'apport de chacun et de tous — pas seulement avec l'effort ou la sueur de front de quelques-uns. Surtout que la Suisse, qui a longtemps été considérée comme une mauvaise élève en matière d'assistance administrative fiscale, adopte depuis peu une attitude positive de coopération.

(ii) *La nouvelle norme de l'article 26 de la Convention OCDE et l'attitude de la Suisse*

Depuis son changement d'attitude en ce qui concerne la norme de l'OCDE tenant les États membres au devoir d'échanger des renseignements à des fins fiscales, la Suisse s'engage volontiers à donner des signes de coopération avec la communauté internationale pour échanger des renseignements fiscaux sous l'enseigne de l'assistance administrative. Avec les États membres de l'OCDE et les autres pays avec lesquels elle a un intérêt économique, la Suisse a entrepris la négociation de conventions fiscales ou d'amender celles déjà en place. Selon Larin et Diebel, jusque vers fin décembre 2010, la Suisse avait négocié environ 25 ententes⁶⁰, toutefois assorties de certaines conditions⁶¹, comme la limitation de l'échange de renseignements aux cas individuels, l'exclusion des enquêtes exploratoires (« fishing expeditions »), l'interdiction de la rétroactivité, la subsidiarité et réciprocité de l'entraide administrative, puis le respect du droit de recours des personnes concernées. Ce qui est, tout de même, une avancée.

Sous cet angle de l'optimisme, l'on est porté à espérer une application effective de la clause contenue dans le Protocole.

3. Vers l'application effective de la clause relative à l'échange de renseignements entre autorités fiscales canadiennes et suisses

Dans l'objectif qu'elle s'est assignée de rendre effective la modification intervenue d'abord en 2000, puis en 2005, de l'article 26 de son modèle de convention, l'OCDE rappelle les raisons pour lesquelles des renseignements devraient être échangés : « premièrement, pour déterminer les faits auxquels doivent être appliquées les règles d'une convention fiscale en matière de revenu. Deuxièmement, les renseignements sont échangés pour assister l'une des parties contractantes à administrer ou à faire respecter la législation fiscale nationale »⁶².

La disposition de l'article 26 est contemporaine à la première édition de la Convention modèle en 1963, autant que l'est son élixir correspondant dans la

60 *Ibid* à la p 14.

61 *Ibid*. Voir aussi OCDE, Comité des affaires fiscales, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, 2000, art 26 ; OCDE, Comité des affaires fiscales, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, 2005, art 26 ; *Convention modèle de l'OCDE*, supra note 50, art 26.

62 *Manuel de l'OCDE*, supra note 32 à la p 5. Voir aussi Nations Unies, *Modèle de Convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement*, New York, NU, 2003 [*Modèle de Convention des Nations Unies*] ; CE, *Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts*, [2003], JO L 157/38 [*Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003*].

Suisse du 22 octobre 2010 : est-ce la fin des paradis fiscaux pour les résidents du Canada ?

convention des Nations Unies rédigée dans les années 1960 et 1970, et ce, malgré les révisions que les deux conventions modèles ont eues. Cependant, toujours prévue, mais presque jamais appliquée, la clause relative à l'échange de renseignements entre autorités fiscales se retrouve dans toutes les conventions fiscales préventives de double imposition. Il sied de rappeler que cet échange n'est jamais automatique. Il se fait à la demande des autorités fiscales d'un État qui auraient des raisons légitimes et licites d'obtenir des renseignements de la part de leurs collègues de l'État qui abriteraient des revenus cachés de leurs contribuables. Avec le Protocole, l'on peut parier que bien qu'elle soit souvent lettre morte et réduite au rôle d'ornement littéraire et juridique d'une convention fiscale, la clause d'échange pourra véritablement s'appliquer dans le cadre de l'exécution de la convention fiscale. À cet égard, il n'est pas inutile de relever que les deux modèles de conventions fiscales souvent adoptées par les États prévoient une telle clause. Ainsi en est-il de la Directive du Conseil de l'Union européenne en matière de fiscalité des revenus de l'épargne.

(a) *Canaux d'échange - les conventions fiscales préventives de double imposition*

Deux modèles de conventions fiscales préventives de double imposition sont utilisés par les États. La *Convention modèle de l'OCDE* et celui des Nations Unies⁶³. L'OCDE a adopté, depuis 1977, un *Modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune* qui a été révisé à plusieurs reprises⁶⁴. L'article 26 du Modèle de convention, intitulé « Échange de renseignements », fixe les exigences de l'OCDE relatives à l'assistance administrative en matière fiscale. Il prévoit l'échange des renseignements dont la norme est qu'ils doivent être « vraisemblablement pertinents » pour convaincre l'administration à laquelle la demande de renseignements serait formulée d'y répondre positivement. Il adopte une définition extensive de la fraude et ne fait aucune distinction entre la fraude et la soustraction⁶⁵. De ce qui précède, il va sans dire que dans le contexte de la mondialisation, l'envie de s'établir ou d'investir dans d'autres États, tout en restant attaché à son pays de résidence habituelle, n'est

63 Arnould Kayembe Tabu, *Régime fiscal des transferts des sportifs : Contribution à l'étude d'un mécanisme de solidarité fiscale entre les pays en développement et les pays développés de l'OCDE*, Paris, Benevent, 2011 à la p 972. Voir aussi *Modèle de convention des Nations Unies*, supra note 62.

64 OCDE, Comité des affaires fiscales, *Modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune*, Paris, OCDE, 1977 (des mises à jour ont été publiées en 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008 et 2010).

65 *Contra* Reichen, supra note 48 à la p 707 (il avance « [qu'il] apparaît donc que l'évasion, la soustraction, la fraude fiscales et le blanchiment sont des actes totalement distincts les uns des autres et que la confusion qui les entoure n'est pas propice à la compréhension de leurs différences intrinsèques, pourtant assez simples » [notre traduction], au lieu d'en rechercher l'unité délictuelle commune entre les trois, à savoir l'envie d'échapper à l'impôt, qui en fait une infraction aux conséquences fort préjudiciables aux gouvernements ainsi fraudés par leurs contribuables. C'est vraisemblablement l'approche d'identité plutôt que celle de distinction que les États membres du G8 et ceux du G20 ont adoptés pour appréhender ces phénomènes, à la suite de l'OCDE). Il conclut, sans convaincre, que « [l]es comportements fiscaux indéliques, à l'instar de l'évasion fiscale, les cas plus graves allant de la simple omission à la fraude, doivent être distingués les uns des autres, car les attitudes intrinsèques à chacun de ces comportements fiscaux varient, même si la motivation du contribuable reste identique, soit éluder l'impôt » [notre traduction]).

plus un simple constat. C'est une réalité qui se vit au quotidien et à laquelle « les contribuables [qui] opèrent à l'échelle mondiale »⁶⁶ prennent de plus en plus plaisir. Les entreprises minières canadiennes⁶⁷, par exemple, sont nombreuses à exploiter les mines en République démocratique du Congo. Pour éviter la situation inéluctable de double imposition, les États adoptent généralement la solution conventionnelle bilatérale. C'est la voie à suivre par le Canada et la République démocratique du Congo pour parer aux affres de la double imposition économique voire juridique, maintenant que les relations économiques entre les deux États sont prospères. Le but de ces conventions de double imposition n'est pas, contrairement à ce qu'on a souvent entendu, de soustraire les entreprises et des personnes qui se retrouveraient dans une situation d'extranéité fiscale décrite aux impôts, mais plutôt de « répartir le pouvoir d'imposition entre le pays de résidence d'une personne physique ou morale et le pays de la source des revenus »⁶⁸.

Si, en général, les entreprises multinationales ont la réputation de s'internationaliser en créant des filiales et des succursales, le plus souvent dans des États à faible taux d'imposition sur le revenu, c'est aussi pour certaines d'entre elles un moyen non illicite d'éviter de payer des impôts plus élevés⁶⁹. Ce but apparaît au Canada moins important, puisque celui-ci a prévu une exemption permanente des dividendes versés à une entreprise privée sous contrôle canadien par sa ou ses filiales étrangères⁷⁰. Pour leur part, les personnes physiques contournent leur obligation de déclarer leurs revenus en les cachant dans des banques nationales ou internationales des États où le secret bancaire est protégé par des dispositions pénales sévères et où la moindre violation exposerait l'informateur à des poursuites pénales.

66 *Manuel de l'OCDE*, supra note 32 à la p 4.

67 On peut citer l'exemple de la multinationale canadienne First Quantum, qui après plusieurs conflits, s'était vu retirer par le Gouvernement congolais sa licence d'exploitation minière sur toute l'étendue de la République démocratique du Congo : voir Rob Davies, « First Quantum battles Congo over mining licence » (22 février 2011), en ligne : This is Money <www.thisismoney.co.uk/money/markets/article-1713061/F-quantum-b-C-over-mining-licence.html> ; Alain Denault, Delphine Abadie et William Sacher, *Noir Canada : Pillage, corruption et criminalité en Afrique*, Montréal, Ecosociété, 2008 aux pp 68-71.

68 Astrid Pieron, *L'impôt des non-résidents*, Bruxelles, Larcier, 2005 à la p 21.

69 Roy Clemons et Michael R Kinney, « An Analysis of the Tax Holiday for Repatriation Under the Jobs Act » *Tax Notes* (25 août 2008) 759 à la p 759.

70 Matthew J Mauntel, « Stimulating the Stimulus: U.S. Controlled Subsidiaries and I.R.C. 965 » (2010) 33:1 *BC Int'l & Comp L Rev* 107 à la p 119.

71 *Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003*, supra note 62 (le premier paragraphe de l'article premier de ce texte dispose que « [l]a présente directive a pour objet final de permettre que les revenus de l'épargne, sous forme de paiement d'intérêts effectué dans un État membre en faveur de bénéficiaires effectifs, personnes physiques, résidents fiscaux d'un autre État membre, soient effectivement imposés conformément aux dispositions législatives de ce dernier État membre ». Au deuxième paragraphe, c'est au tour des États de prendre « les mesures nécessaires afin de s'assurer de l'exécution des tâches requises pour la mise en œuvre de la présente directive par les agents payeurs établis sur leur territoire, indépendamment du lieu d'établissement du débiteur de la créance produisant les intérêts »).

Suisse du 22 octobre 2010 : est-ce la fin des paradis fiscaux pour les résidents du Canada ?

(i) *La directive du Conseil de l'Union européenne en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts*⁷¹

Adoptée le 3 juin 2003, cette directive entend permettre que les revenus de l'épargne, sous forme de paiements d'intérêts effectués dans un État membre en faveur de « bénéficiaires effectifs », qui sont des personnes physiques ayant leur résidence dans un autre État membre, soient effectivement imposés conformément aux dispositions législatives de ce dernier État membre. Le moyen retenu pour permettre l'imposition effective des paiements d'intérêts dans l'État membre où le « bénéficiaire effectif » a sa résidence fiscale est l'échange automatique d'informations entre les États membres concernant ses « paiements d'intérêts ».

Le système peut être résumé comme suit : lorsque le « bénéficiaire effectif » est résident d'un État membre autre que celui où est établi l'agent payeur, la directive impose à ce dernier l'obligation de communiquer à l'autorité compétente de l'État membre où il est établi un contenu minimal d'informations telles que l'identité et la résidence du « bénéficiaire effectif », le nom ou la dénomination et l'adresse de « l'agent payeur », le numéro de compte du « bénéficiaire effectif » ou, à défaut, l'identification de la créance génératrice des intérêts et des informations concernant le paiement d'intérêts⁷².

Ces deux cadres juridiques ne sont pas les seuls moyens d'établir des échanges. S'y ajoutent aussi [d]es instruments internationaux spécifiquement conçus à des fins d'entraide administrative en matière fiscale, telles que des accords d'échange de renseignements généralement inspirés du Modèle d'Accord de 2002 sur l'échange de renseignements en matière fiscale, de la Convention signée entre le Conseil de l'Europe et l'OCDE, de la Convention nordique pour une assistance administrative mutuelle, du Modèle d'Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale élaboré par le Centre inter-américain d'administrateurs fiscaux (CIAT) ou du Modèle d'accord en matière de coopération et d'assistance mutuelle sur les questions de respect de la législation fiscale élaboré par la Fédération de Russie⁷³.

De même, sont inclus « [l]es accords internationaux d'entraide judiciaire internationale, comme la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (étendue aux affaires fiscales par le Protocole additionnel du 17 mars 1978) pour les affaires de poursuites engagées en cas d'infraction fiscale, et la Convention interaméricaine sur l'assistance mutuelle pour la criminalité (complétée par le Protocole facultatif du 23 mai 1992) pour les affaires de délits fiscaux »⁷⁴.

72 Eric Boigelot et Aurélie Blaffart, « Secret bancaire et échange d'informations - État des lieux » (2010), en ligne : Droit Belge.Net <http://www.droitbelge.be/news_detail.asp?id=616>.

73 *Manuel de l'OCDE, supra* note 32 à la p 5.

74 *Ibid.*

IV. ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS EN MATIÈRE FISCALE : EST-CE LA FIN DES PARADIS FISCAUX ?

C'est moins sur la réponse qu'à la manière d'y répondre et surtout à l'intelligence rusée des contribuables dorénavant mécontents de la fin du secret bancaire suisse que la réflexion se penche. L'on sait que, bien souvent, la traque des contribuables qui choisiraient, au nom de leur liberté et pour diverses raisons⁷⁵, de mettre leurs fortunes dans des banques étrangères, à l'abri des regards inquisiteurs des administrateurs fiscaux de leurs États de résidence, suscite un vaste débat pouvant faire intervenir juristes, fiscalistes, éthiciens, criminalistes et moralistes. Quels qu'en soient les arguments, une contradiction semble se dégager, notamment en droit fiscal canadien. En effet, il est un principe de droit fiscal, qu'« en l'absence d'une disposition expresse contraire, il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher les contribuables de recourir, dans le cadre de leurs opérations, à des stratégies complexes qui respectent les dispositions pertinentes de la Loi, pour le motif que ce serait inéquitable à l'égard des contribuables qui n'ont pas opté pour cette solution [...]. Il incombe aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer la loi telle qu'elle a été adoptée par le Parlement »⁷⁶. Largement exploité par les contribuables, ce principe a reçu une généreuse application dans la jurisprudence canadienne⁷⁷.

Cependant, ce principe n'est pas absolu et le législateur a adopté la règle générale anti-évitement (« RGAÉ »)⁷⁸ pour limiter les opérations d'évitement permises tout en respectant le besoin de certitude des contribuables. À travers une telle limitation, la loi pose clairement une distinction entre l'évitement licite d'impôt et l'évitement illicite ou abusif, assimilable à la fraude, contre laquelle le Protocole se veut une parade. Dans le domaine de la fiscalité, on distingue l'évitement fiscal de l'évasion fiscale. Les deux ont en commun le fait de permettre au contribuable de payer moins d'impôt. La différence entre les deux tient, en revanche, à ce que l'évitement fiscal ne contrevient directement à aucune

75 Voir Joel Slemrod, « Why People Pay Taxes: Introduction » dans Joel Slemrod, dir, *Why People Pay Taxes: Tax Compliance and Enforcement*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1992, 1 à la p 1 ; Eric A Posner, « Law and Social Norms: The Case of Tax Compliance » (2000) 86:8 Va L Rev 1781 ; Loretta J Stalans, Kent W Smith et Karyl A Kinsey, « When Do We Think About Detection? Structural Opportunity and Taxpaying Behavior » (1989) 14:3 Law & Soc Inquiry 481.

76 *Shell Canada Ltée c Canada*, [1999] 3 RCS 622 au para 45, 178 DLR (4^e) 26 [*Shell*], en accord avec *Commissioners of Inland Revenue v Duke of Westminster* (1935), [1936] AC 1 HL (Eng) à la p 19, (1935) 19 TC 490 (établit le principe, attribué à Lord Tomlin, selon lequel « [t]out homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement »).

77 Voir *Lipson c Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 RCS 3 [*Lipson*]; *Singleton c Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 RCS 1046; *Hickman Motors Ltd c Canada*, [1997] 2 RCS 336 au para 8, 148 DLR (4^e) 1 ; *Duha Printers (Western) Ltd c Canada*, [1998] 1 RCS 795 au para 88, 159 DLR (4^e) 457 ; *Neuman c MRN*, [1998] 1 RCS 770 au para 63, 159 DLR (4^e) 1 ; *Shell*, supra note 76 au para 46 ; *Stubart Investments Ltd c R*, [1984] 1 RCS 536, 10 DLR (4^e) 1 [*Stubart*].

78 *Loi de l'impôt sur le revenu*, LRC 1985, c 1 (5^e supp), art 245 [*LIR*]. Voir aussi Timothé R Huot, « Règle générale anti-évitement et RS&DE », en ligne : (2010) Bulletin CCH Fiscalité <<http://www.cchfiscalite.com/2010/03/regle-generale-anti-evitement-et-rs.html>>.

disposition législative particulière, alors que l'évasion fiscale viole une ou plusieurs règles et, par conséquent, est intrinsèquement illégale. L'évitement fiscal devient abusif lorsqu'un contribuable organise ses affaires de façon à respecter la lettre, mais non l'esprit de la loi. Dans deux arrêts pertinents, *Trustco* et *Mathew*⁷⁹, la Cour suprême du Canada établit la méthodologie à suivre pour déterminer s'il y a ou non évitement fiscal abusif. À titre de rappel, le juge LeBel note dans l'arrêt *Lipson* que « pour l'application du paragraphe 245(4) il y a évitement fiscal abusif lorsque l'opération en cause va à l'encontre de l'objet ou de l'esprit d'une ou de plusieurs des dispositions invoquées par le contribuable »⁸⁰. C'est ce qui se passe en droit fiscal interne. À l'échelle internationale, rien n'emporte la crédibilité de penser que la fraude ou l'évasion fiscale n'existe pas. Ces phénomènes, ainsi que des montages et autres artifices juridiques, permettent d'échapper à l'impôt. Leur incidence sur les revenus fiscaux des États victimes de telles pratiques est bien perceptible tant la réduction des recettes fiscales est évidente.

La Suisse n'est pas le seul abri fiscal de la planète — il en existe plusieurs autres. Mentionnons que le Canada a conclu avec la majorité d'entre eux une convention d'échange de renseignements fiscaux, principal outil dans la lutte contre les paradis fiscaux. En dépit de cet effort, il faut être clair que l'adoption de la norme relative aux renseignements en matière fiscale n'emporte aucunement l'idée que les contribuables cesseront de loger leur argent dans les coffres-forts des banques suisses. Le Protocole d'accord ne peut faire agiter que les contribuables qui, sachant qu'ils ont gagné des revenus d'actions ou de placement imposables en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ne les déclarent pas ni n'en révèlent l'existence pour quelque raison. Tous les autres qui soumettent leur déclaration peuvent, sans la moindre crainte, continuer à exploiter les voies étrangères gagnantes. L'administration ne s'intéressera donc qu'aux renseignements sur les fraudeurs.

A. Type de renseignements à échanger dans le Protocole et plus tard dans la Convention

Le paragraphe 1 de l'article XI du Protocole indique que « [l]es autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts visés par la Convention, dans la mesure où l'imposition qu'elle prévoit n'est pas contraire à la Convention. L'échange de renseignements n'est pas limité par l'article I »⁸¹. La disposition du Protocole révèle que les renseignements dont il est question sont certes ceux relatifs aux résidents et aux impôts définis par la Convention modèle, mais en plus, en cas

79 *Hypothèques Trustco Canada c Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 RCS 601 [*Trustco*]; *Mathew c Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 RCS 643.

80 *Lipson*, *supra* note 77 au para 2.

81 *Protocole*, *supra* note 3, art XI (voir l'art 25(1)).

de conflit dans la définition desdits termes, les définitions des législations nationales des États contractuels relatifs aux résidents et aux types d'impôts — respectivement repris aux articles 1 et 2 — l'emportent sur celles de la Convention. Ainsi, « [l']article 26 du Modèle de convention prévoit que l'échange de renseignements doit être large, sans limiter les formes qu'il peut prendre ou la manière dont il peut avoir lieu. Cette même disposition prévoit principalement trois modalités possibles d'échange de renseignements : l'échange sur demande, l'échange automatique et l'échange spontané »⁸². Il s'agit, en fait, d'échange de renseignements portant sur toutes les informations qu'on peut penser pertinentes pour l'administration ou l'application de la législation nationale des parties contractantes en matière fiscale⁸³. Bien que la question soit soulevée dans le cadre de conventions fiscales internationales, l'on reconnaît que, comme c'est le cas en droit interne, il doit s'agir de renseignements pertinents à l'assujettissement à l'impôt du contribuable⁸⁴ ou qui « peuvent se rapporter à l'évaluation de la dette fiscale du contribuable visé »⁸⁵. Une mise en garde s'impose dès lors : « il n'est pas loisible aux États contractants “ d'aller à la pêche aux renseignements ”, c'est-à-dire de demander des renseignements dont il est peu probable qu'ils aient un lien avec une enquête ou contrôle en cours. L'équilibre entre ces deux considérations concurrentes doit être recherché dans la norme dite de la pertinence vraisemblable »⁸⁶.

B. La notion de « renseignements pertinents » selon le Protocole

On a beau envisager imposer une loi aux citoyens — qui par présomption de droit sont censés ne pas l'ignorer — il faut cependant en assurer la publicité par des mécanismes légaux et surtout en pourvoir l'interprétation. Celle-ci est l'œuvre des doctrinaires, le législateur et les initiateurs en ayant brossé la raison d'être. Tel est le cas du Protocole, lequel, rétroactivement entré en vigueur⁸⁷ depuis le 16 décembre 2011 après l'échange de lettres sur l'Accord relatif à l'interprétation de l'article 25 de la Convention fiscale entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement du Canada, respectivement le 28 juin 2012 et le 23 juin 2012, constitue un traité avec des effets en droit international. Son objectif essentiel est de permettre l'échange de renseignements pertinents au sujet des résidents canadiens qui auraient en Suisse des avoirs et autres fortunes non déclarés ou dont l'existence n'aurait pas été révélée aux fins d'impôt, sans épargner des résidents suisses qui auraient les leurs au Canada. La bataille juridique, voire judiciaire, qui s'annonce pour certains

82 *Manuel de l'OCDE, supra note 32 à la p 7.*

83 *Ibid* à la p 9.

84 *R c McKinlay Transport Ltd*, [1990] 1 RCS 627 à la p 649, 68 DLR (4^e) 568.

85 *Tower c MRN*, 2003 CAF 307 au para 29, [2004] 1 RCF 183.

86 *Manuel de l'OCDE, supra note 32 à la p 9.*

87 Ministère des finances du Canada, communiqué, « Entrée en vigueur du Protocole entre le Canada et la Suisse » (19 décembre 2011), en ligne : Ministère des finances Canada <<http://www.fin.gc.ca/treaties-conventions/notices/switzerland-suisse1-fra.asp>>.

contribuables auxquels pourrait voir s'appliquer des taux d'imposition inusités à cause de la fraude, est de savoir ce que signifierait dans le concret l'expression « renseignements pertinents », au sujet de leur transaction ou de leur omission de déclarer ou de révéler l'existence d'un ou plusieurs comptes bancaires en Suisse. Un tel exercice ne se conçoit qu'en ayant une vue sur le principe d'interprétation des lois, des conventions et traités internationaux, puis des conventions fiscales en droit canadien.

1. La notion de « renseignements pertinents » à la lumière du principe d'interprétation des termes conventionnels en droit fiscal

S'il est vrai que l'interprétation s'entend de toute sorte d'explication, de compréhension et de théorisation⁸⁸, et qu'appliquée aux faits et aux lois elle fait appel à deux approches — l'une exégétique et l'autre téléologique⁸⁹ — il n'en reste pas moins que, compte tenu de leur caractère spécial qui consiste à ordonner le prélèvement des revenus des particuliers et des entreprises, les lois fiscales créent une entorse aux droits relatifs à la propriété et à la liberté de posséder et de jouir de son patrimoine. Il suit de ce fait que leur interprétation doit être stricte, une notion qui peut être définie par des critères que la Cour canadienne de l'impôt emprunte à la Cour suprême. En effet, dans l'arrêt *TD Securities*, la Cour canadienne de l'impôt fait sien le raisonnement de la Cour suprême développé dans l'arrêt *Trustco*, selon lequel « [l]es dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent être interprétées de manière à assurer l'uniformité, la prévisibilité et l'équité requises pour que les contribuables puissent organiser intelligemment leurs affaires »⁹⁰. Se fondant sur le principe de la légalité des impôts, les tribunaux appelés à interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont l'obligation d'effectuer une application et une interprétation stricte. Ainsi le réflexe initial du tribunal est de se référer à la loi⁹¹, car il n'a pas la latitude d'innover — la promulgation de nouvelles règles de droit fiscal doit plutôt être laissée au législateur⁹². Il n'y a pas une meilleure justification à l'interprétation stricte d'une disposition légale de nature fiscale que ce qu'affirme le juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Shell Canada Ltée c Canada* :

[l]a Loi est un texte législatif complexe au moyen duquel le législateur tente d'établir un équilibre entre d'innombrables principes. La jurisprudence de notre Cour est constante: les tribunaux doivent par conséquent faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit d'attribuer au législateur, à l'égard

88 Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2^e éd, Oxford, Hart, 2005, à la p 9.

89 Danièle Bourcier, « L'Interprétation dans les systèmes experts juridiques : de l'intime conviction à la formalisation des règles » dans Richard Ennals et Jean Claude Gardin, dir, *Interpretation in the Humanities: Perspectives from Artificial Intelligence*, Londres (R-U), British Library Board, 1990, 215 à la p 216.

90 *Trustco*, supra note 79 au para 12.

91 *Banque Royale du Canada c Sparrow Electric Corp*, [1997] 1 RCS 411 au para 112, 143 DLR (4^e) 385.

92 *Canderel Ltée c Canada*, [1998] 1 RCS 147 au para 41, 155 DLR (4^e) 257.

d'une disposition claire de la Loi, une intention non explicite [...]. En concluant à l'existence d'une intention non exprimée par le législateur sous couvert d'une interprétation fondée sur l'objet, l'on risque de rompre l'équilibre que le législateur a tenté d'établir dans la Loi⁹³.

Enfin, dans certains cas, la jurisprudence se rapportant à l'interprétation des dispositions légales fiscales s'en tient à la méthode de Driedger⁹⁴.

2. Renseignements pertinents et interprétation globale du Protocole fiscal du 22 octobre 2010

L'interprétation du Protocole en tant que traité « vise d'abord et avant tout à trouver le sens des termes en question. Il convient donc de considérer le langage utilisé ainsi que l'intention des parties »⁹⁵. Aussi, soutient-on que « l'analyse de l'intention des rédacteurs d'une convention fiscale est très importante pour déterminer le champ d'application de ce traité »⁹⁶. Cette intention peut être recherchée aussi bien dans le sens des termes utilisés dans le traité, que dans des documents extrinsèques comme d'autres conventions fiscales internationales et des modèles généraux de telles conventions. « Manifestement, l'objectif de la Convention revêt une grande importance quant à la façon d'interpréter ses dispositions [...] pour dégager ces objectifs et intentions, un tribunal peut recourir à des documents extrinsèques qui font partie du contexte juridique (notamment les conventions modèles acceptées et les commentaires officiels portant sur celles-ci) sans qu'il soit nécessaire d'avoir préalablement décelé une ambiguïté »⁹⁷. Le juge Addy explique à cet égard que, « [c]ontrairement à une loi fiscale ordinaire, un traité ou une convention en matière d'impôt doit être interprété de façon libérale, de manière à appliquer les véritables intentions des parties. Il faut éviter une interprétation littérale ou légaliste lorsque l'objet fondamental du traité pourrait être rejeté ou contrecarré dans la mesure où le point particulier à l'étude est visé »⁹⁸. En définitive, l'expression « vraisemblablement pertinent » accolée aux renseignements

93 *Shell*, supra note 76 au para 43.

94 Voir *Stubart*, supra note 77 à la p 578; *Symes c Canada*, [1993] 4 RCS 695 à la p 744, 110 DLR (4^e) 470; *Canada c Antosko*, [1994] 2 RCS 312 à la p 326, 168 NR 16; *Québec (Communauté urbaine) c Corp Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 RCS 3 à la p 17, 171 NR 161; *Friesen c Canada*, [1995] 3 RCS 103 au para 10, 127 DLR (4^e) 193; *Schwartz c Canada*, [1996] 1 RCS 254 au para 56, 133 DLR (4^e) 289; *Alberta (Treasury Branches) c MRN*, [1996] 1 RCS 963 au para 14, 38 Alta LR (3^e) 1; *65302 British Columbia Ltd c Canada*, [1999] 3 RCS 804 au para 5, 69 BCLR (3^e) 201; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd c Canada*, 2000 CSC 36 au para 32, [2000] 1 RCS 915.

95 *R c Crown Forest Industries Limited*, [1995] 2 RCS 802 au para 22, 183 NR 124 [Crown Forest]. Voir aussi *Succession Gladden c La Reine*, 85 DTC 5188, 1985 CarswellNat 184 (CF 1^{re} inst) [Gladden].

96 *Crown Forest*, supra note 95 au para 43.

97 *Ibid* au para 44.

98 *Gladden*, supra note 95 au para 14 [notre traduction]. Voir aussi David A Ward, « Principles To Be Applied in Interpreting Tax Treaties » (1977) 25 Can Tax J 263; *Canada (PG) c Ward*, [1993] 2 RCS 689 aux pp 713-16, 153 NR 321.

Suisse du 22 octobre 2010 : est-ce la fin des paradis fiscaux pour les résidents du Canada ?

échangés à des fins fiscales doit s'interpréter conformément aux dispositions de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁹⁹ dont le Canada est signataire. C'est ce mode d'interprétation qui a été retenu par la Cour fédérale dans les arrêts *Crown Forest* et *Coblentz*¹⁰⁰.

Dans le cas du Protocole, il va sans dire que son principal effet est de combattre l'évasion et la fraude¹⁰¹ fiscales par la création de concepts communs¹⁰² et par une amélioration de l'échange des renseignements entre les administrations fiscales¹⁰³ du Canada et de la Suisse. Les administrations fiscales ont le devoir d'adopter une norme de contrôle judiciaire de renseignements pertinents, pour ne pas tomber dans l'arbitraire et l'abus de droit. La doctrine affirme que « l'interdiction de l'abus de droit est un principe général du droit reconnu [...] et s'applique en matière de conventions visant à éviter les doubles impositions, même en l'absence de mention expresse dans les textes conventionnels »¹⁰⁴. D'où la priorisation, dans l'interprétation du Protocole, des principes de bonne foi, de la restitution du sens ordinaire des termes utilisés et aussi de la globalisation ou de la conceptualisation des dispositions¹⁰⁵.

C. La norme de contrôle des renseignements pertinents

Les renseignements que les autorités de l'administration fiscale canadienne doivent demander sont certes confidentiels. Mais ils doivent être utiles, raisonnables, efficaces et justes¹⁰⁶, avec un minimum de protection légale¹⁰⁷. Cette interprétation

99 *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 29 mai 1969, 1155 RTNU 331, RT Can 1980 n° 37 (le paragraphe 1 de l'art 31 de ce texte dispose qu'« [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » ; tandis que le paragraphe 2 du même article précise que « [a]ux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus [...] »).

100 *Coblentz c Canada* (1996), [1997] 1 FC 368, 205 NR 341.

101 Cahiers de droit fiscal internationale, *Practical Issues in the Application of Double Tax Conventions*, Rotterdam, Kluwer, 1998 à la p 730.

102 *Ibid.*

103 Voir Eric Engle, « L'interprétation du droit par l'exemple de la convention fiscale franco-américaine : Peut-on modéliser le droit fiscal par l'informatique ? » (2002) 33:131 *Revue fiscalité européenne et droit international des affaires* 43.

104 P Locher, « *Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz* », 3^e éd, Berne, 2005 à la p 167. Voir aussi Xavier Oberson, « Le régime d'imposition des dividendes, intérêts et redevances, selon la convention de double imposition entre la France et la Suisse, suite à l'avenant du 22 juillet 1997 » (2000) II RDAF 163 ; OCDE, Comité des affaires fiscales, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Commentaire, Paris 2000, vol II (voir notamment « Limitation du droit aux avantages des conventions fiscales » à la p 8).

105 Michael N KandeV, « Tax Treaty Interpretation: Determining Domestic Meaning Under Article 3(2) of the OECD Model » (2007) 55:1 *Can Tax J* 31 aux pp 36-37 [KandeV].

106 Duncan Bentley, *Taxpayers' Rights: Theory, Origin and Implementation*, The Netherlands, 31 Kluwer Law International Series on International Taxation, 2007 aux pp 317-319.

107 Adrian J Sawyer, « A Comparison of New Zealand Taxpayers' Rights with Selected Civil Law and Common Law Countries —Have New Zealand Taxpayers Been "Short-Changed"? » (1999) 32:4 *Vand J Transnat'l L* 1345.

se veut conforme à celle de la quasi-totalité des 80 traités que le Canada a signés avec certains États selon le modèle OCDE et qui, d'après Kandev, « contiennent une disposition semblable ou identique au paragraphe 3(2) de la convention fiscale modèle de l'Organisation de coopération et de développement économiques. Cette règle spéciale d'interprétation des traités prévoit essentiellement que, sauf si le contexte exige une interprétation différente, tout terme qui n'y est pas défini a le sens que lui attribue, à ce moment, le droit de l'État qui applique la convention »¹⁰⁸.

1. Utilité et caractère raisonnable des renseignements

La *Loi de l'impôt sur le revenu* est un texte législatif fondé sur le principe de l'auto-déclaration et de l'autocotisation¹⁰⁹. L'intégrité du système doit donc permettre que s'exerce une certaine forme de surveillance qui soit efficace, mais sans intrusion. En s'empressant de modifier la convention fiscale Canada-Suisse de 1997, le gouvernement veut mettre en application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, notamment les paragraphes 2(1)¹¹⁰ et 152 (4)¹¹¹. La Cour d'appel fédérale rappelle dans l'affaire *AGT Ltd c Canada*¹¹² que les renseignements pertinents sont ceux considérés comme « utiles pour établir la dette fiscale d'une ou de plusieurs personnes déterminées, et lorsque la dette fiscale de cette ou ces personnes fait l'objet d'une enquête véritable et sérieuse »¹¹³. Par conséquent, « [c]haque avis de demande de production qui est envoyé en vertu de cette disposition doit satisfaire au critère de l'utilité et du caractère raisonnable »¹¹⁴. Bien plus, selon le Protocole, ces renseignements doivent présenter une pertinence vraisemblable.

108 Kandev, *supra* note 105 à la p 33 [notre traduction]. Voir aussi John F Avery Jones, « The 'One True Meaning' of a Tax Treaty » (2001) 55:6 Bulletin for International Fiscal Documentation 220; John F Avery Jones, « The Relationship Between Domestic Tax Systems and Tax Treaties » (2002) 56:6 Bulletin for International Fiscal Documentation 268; Guglielmo Maisto, *Tax Treaties and Domestic Law*, Amsterdam, International Bureau of Fiscal Documentation, 2006.

109 *LIR*, *supra* note 78.

110 Richard W Pound, *Income Tax Act Annotated*, 49^e éd, Toronto, Carswell, 2011 à la p 1 (« [u]n impôt sur le revenu doit être payé, ainsi qu'il est prévu par la présente loi, pour chaque année d'imposition, sur le revenu imposable de toute personne résidant au Canada à un moment donné au cours de l'année » [notre traduction]).

111 *Ibid* à la p 1262 (« [l]e ministre peut établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire concernant l'impôt pour une année d'imposition, ainsi que les intérêts ou les pénalités, qui sont payables par un contribuable en vertu de la présente partie ou donner avis par écrit qu'aucun impôt n'est payable pour l'année à toute personne qui a produit une déclaration de revenu pour une année d'imposition. Pareille cotisation ne peut être établie après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation applicable au contribuable pour l'année que dans les cas suivants : a) le contribuable ou la personne produisant la déclaration : (i) soit a fait une présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire, ou a commis quelque fraude en produisant la déclaration ou en fournissant quelque renseignement sous le régime de la présente loi, (ii) soit a présenté au ministre une renonciation, selon le formulaire prescrit, au cours de la période normale de nouvelle cotisation applicable au contribuable pour l'année »).

112 [1997] 2 CF 878, 211 NR 220 (CA).

113 *Ibid* au para 27.

114 *Ibid* au para 21.

2. Pertinence vraisemblable versus abus du droit

Bien qu'il s'agisse d'un domaine où l'État, par le truchement de son administration fiscale, s'attend à établir les personnes qui s'y sont volontairement ou frauduleusement soustraites, le respect des normes procédurales reste toujours impératif. C'est pour cette raison que les gouvernements, dans les négociations et l'élaboration des conventions fiscales, s'évertuent d'y insérer des principes de base qui traduisent l'expression de justice fondamentale. Celle de pertinence en est une. À cet égard, le juge Hamlyn¹¹⁵ de la Cour canadienne de l'impôt, citant la jurisprudence reprise dans l'affaire *Owen Holdings Ltd*¹¹⁶, énonce que « [p]our ce qui est de la pertinence des documents, il est dit ce qui suit : [i]l y a [...] pertinence seulement lorsque les documents demandés pourraient inciter la partie qui cherche à obtenir une communication préalable à mener une enquête qui pourrait directement ou indirectement contribuer à étayer ses prétentions ou contredire celles de son adversaire » [notre traduction]. Cette jurisprudence a été également reprise par le juge en chef Blais de la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Bell Helicopter Textron* :

En ce qui concerne les documents qui doivent être produits, le critère est simplement celui de la pertinence. Le critère de la pertinence ne peut donner lieu à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. C'est par l'application de la loi et non dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, que l'on détermine quels documents les parties ont le droit de consulter. La question de savoir quel document se rapporte vraiment aux questions en litige est tranchée selon le principe suivant : il doit s'agir d'un document dont on peut raisonnablement supposer qu'il contient des renseignements qui peuvent permettre directement ou indirectement à la partie qui en demande la production de faire valoir ses propres arguments ou de réfuter ceux de son adversaire, ou [sic] qui sont susceptibles de le lancer dans une enquête qui pourra produire l'un ou l'autre de ces effets¹¹⁷.

Bien des documents qui sont supposés contenir des renseignements pertinents pourraient, à juste titre, être opposés à un contribuable résident à l'encontre duquel l'administration fiscale canadienne aurait de sérieuses et concordantes présomptions de fraude ou d'évasion fiscale : un compte en banque, une preuve de transaction financière conclue entre un contribuable résident du Canada et une banque étrangère, un contrat de mandat par lequel un résident charge un avocat, un notaire ou tout autre intermédiaire de gérer sa fortune ou de lui ouvrir un compte dans une banque localisée en Suisse ou dans un paradis fiscal sans en révéler l'existence, un jugement

115 *SmithKline Beecham Animal Health c R*, [1998] 4 CTC 2331 au para 15, 98 DTC 1929.

116 *Owen Holdings Ltd c R*, [1997] 3 CTC 351 à la p 361, 216 NR 381 (CAF).

117 *Bell Helicopter Textron Canada Limitée c Eurocopter*, 2010 CAF 142 au para 10, 407 NR 180.

repreuant des faits avérés relatifs à des dépôts d'argent dans une banque suisse par un résident du Canada ou tout autre document physique ou numérique contenant des renseignements susceptibles de tracer les pas d'un contribuable résident canadien vers un abri fiscal quelconque pourrait revêtir le caractère de pertinent.

Lorsque les renseignements recherchés sur le contribuable sont vraisemblablement pertinents, l'administration qui en reçoit la demande les communique. Ils sont tenus secrets de la même manière que les renseignements obtenus en vertu de la législation interne de cet État et ne sont communiqués qu'aux personnes ou autorités (y compris les tribunaux et organes administratifs) concernées par l'administration, l'établissement ou le recouvrement des impôts sur le revenu ou sur la fortune, par les procédures ou poursuites concernant ces impôts ou par les décisions sur les recours relatifs à ces impôts¹¹⁸.

3. Le fardeau de la preuve de l'existence d'éléments de fraude fiscale

Dans l'arrêt *Biros*¹¹⁹, le juge en chef Bowman déclare que le droit quant au déplacement du fardeau de la preuve dans les affaires fiscales a évolué quelque peu depuis qu'une décision a été rendue dans l'affaire *Farm Business*¹²⁰. Dans cette affaire, la personne qui contestait une cotisation alléguait que celle-ci avait été prescrite pour que l'on recouvrât de nouveau. Mais, pour faire valoir son droit, la Cour estima que c'était au ministre que revenait le fardeau d'établir qu'il y avait eu présentation erronée des faits¹²¹. En matière de fraude ou d'évasion fiscale internationales, le fardeau de la preuve pèse sur le ministre dont l'administration fiscale n'est que le service d'exécution. La norme de preuve est une norme civile, mais elle est relativement plus stricte dans un cas où la fraude est alléguée¹²². Dans une affaire où l'administration fiscale suisse avait reçu la demande de son homologue américaine au sujet d'éventuelles opérations de fraude ou omissions fiscales internationales par un contribuable américain, le tribunal administratif fédéral s'essaya à l'exercice de l'interprétation des termes employés dans la convention fiscale américano-suisse, puis jugea qu'il y avait effectivement eu des opérations de fraude ou d'omission fiscales dans le chef du résident américain. Il autorisa la communication des renseignements demandés par les autorités fiscales américaines, tout en prenant soin de préciser la notion de fraude en ces termes : « Selon le ch. 10 du protocole annexé à la Convention, l'expression "fraude fiscale" désigne une attitude frauduleuse qui a pour effet, ou qui vise, une soustraction illégale et importante d'un montant d'impôt dû à un État contractant. Une attitude frauduleuse est réalisée lorsqu'un contribuable

118 Protocole, *supra* note 3, art XI (art 25(2)).

119 *Biros c La Reine*, 2007 CCI 248 au para 2, [2007] 4 CTC 2323 [*Biros*].

120 *Farm Business Consultants v The Queen*, 95 DTC 200, [1994] 2 CTC 2450, confirmée par *Farm Business Consultants v The Queen*, 96 DTC 6085, [1996] 2 CTC 200 (CAF).

121 *Biros*, *supra* note 118 au para 24.

122 *Continental Insurance Co c Dalton Cartage Co*, [1982] 1 RCS 164 à la p 170, 40 NR 135.

Suisse du 22 octobre 2010 : est-ce la fin des paradis fiscaux pour les résidents du Canada ?

utilise ou a l'intention d'utiliser dans le dessein de tromper les autorités fiscales des titres faux ou falsifiés ou une construction mensongère. L'expression "fraude fiscale" peut également comprendre des agissements qui, au moment de la présentation de la demande, représentent des comportements délictueux à l'égard desquels l'État requis peut obtenir des renseignements conformément à sa législation et à sa pratique administrative »¹²³. À l'évidence, en cas de fraude ou d'omission fiscales le résident canadien s'expose aux sanctions de la loi.

V. SANCTION ET ÉTABLISSEMENT D'UNE NOUVELLE COTISATION

Aux termes de l'article 238(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* :

la personne qui ne produit ou ne présente pas ou ne remplit pas une déclaration de la manière et dans le délai prévus à la présente *Loi* ou à son règlement ou qui contrevient au paragraphe 116(3), 127(3.1) ou (3.2), 147.1(7) ou 153(1) ou à l'un des articles 230 à 232 ou à une disposition réglementaire prise en vertu du paragraphe 147.1(18) ou encore qui contrevient à une ordonnance rendue en application du paragraphe (2) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et outre toute pénalité prévue par ailleurs :

- a) soit une amende de 1 000 \$ à 25 000 \$;
- b) soit une telle amende et un emprisonnement maximal de 12 mois.

L'Agence du revenu du Canada rappelle, à cet effet, que « lorsque des particuliers ou des sociétés sont condamnés pour évasion fiscale, ils doivent payer le montant total de l'impôt et des taxes exigibles, plus les intérêts, de même que les pénalités imposées par l'ARC. Dans les cas de faute lourde, la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur la taxe d'accise* permettent à l'ARC d'imposer une pénalité pouvant atteindre 50 % du montant d'impôt impayé ou des avantages ou prestations obtenus de façon indue. De plus, sur déclaration sommaire de culpabilité, la Cour peut leur imposer une amende allant de 50 % à 200 % de l'impôt éludé et les condamner à une peine pouvant atteindre deux ans d'emprisonnement »¹²⁴.

Outre la sanction pénale, le résident, auteur de l'évasion ou de la fraude fiscale internationale, devra payer sa cotisation. Celle-ci est établie par le ministre

123 *X c Administration fédérale des contributions*, (2006) ATF 2A 430/2005 (division des affaires de droit fiscal international et de double imposition).

124 Agence du revenu du Canada, communiqué, « Un fabricant d'Ajax plaide coupable à des accusations d'évasion fiscale » (13 juin 2011), en ligne : Agence du revenu du Canada <<http://www.cra-arc.gc.ca/gncy/nvstgtns/vdp-fra.html>>.

du Revenu. Les articles 150 à 152 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* décrivent de quelle manière le ministre, agissant par l'intermédiaire de l'Agence du revenu du Canada, détermine l'obligation fiscale d'une personne¹²⁵. On appelle ce processus une « cotisation » (ou une « nouvelle cotisation »). L'effet juridique d'une cotisation est énoncé au paragraphe 152(8) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, formulé comme suit : « Sous réserve des modifications qui peuvent y être apportées ou de son annulation lors d'une opposition ou d'un appel fait en vertu de la présente partie et sous réserve d'une nouvelle cotisation, une cotisation est réputée être valide et exécutoire malgré toute erreur, tout vice de forme ou toute omission dans cette cotisation ou dans toute procédure s'y rattachant en vertu de la présente loi »¹²⁶. Par conséquent, les tribunaux ont conclu que « [l]e contribuable doit donc avoir accès à tous les documents sur lesquels le ministre du revenu national se fonde pour établir une nouvelle cotisation ou qui sont pertinents à celle-ci » [notre traduction]¹²⁷. Le contribuable peut toujours contester la cotisation — celle-ci, ajoutée à la peine d'amende ou d'emprisonnement, peut apparaître comme une double peine et donc facilement contestable.

A. Recours possibles du contribuable : contestation, modification et annulation de la cotisation

Un contribuable, qu'il soit présumé auteur d'une omission fiscale internationale ou, à l'inverse, fraudeur déclaré, reste avant tout un résident et donc un justiciable dont l'innocence se présume et prévaut en l'absence d'un jugement de condamnation. À ce titre, il peut toujours contester la prétention du ministre à lui imposer une cotisation. Ainsi, un résident concerné par une telle mesure peut remettre en cause le bien-fondé d'une cotisation¹²⁸ en signifiant un avis d'opposition au ministre, ce qui doit être fait dans un certain délai après l'envoi de l'avis de cotisation en vertu du paragraphe 165(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, sous réserve d'une prorogation accordée conformément aux articles 166.1(7) a) et 166.2¹²⁹. Le ministre doit traiter l'opposition « avec diligence » soit en la ratifiant, soit en établissant une nouvelle cotisation¹³⁰. L'avis d'opposition peut donner lieu à une décision du ministre de réduire le montant d'impôt réclamé, auquel cas le ministre peut établir une nouvelle cotisation, ou à une décision portant que l'opposition n'est pas fondée,

125 *LIR*, supra note 78.

126 *Ibid*, art 152(8).

127 *Oro Del Norte, SA v The Queen*, 90 DTC 6373 à la p 6375, [1990] 2 CTC 67 (CF 1^e Inst). Voir aussi 9005-6342 *Québec Inc c R*, 2010 CCI 463 au para 27, [2010] GSTC 143.

128 *Addison & Leyen Ltd c Canada*, 2006 CAF 107, [2006] 4 RCF 532.

129 *LIR*, supra note 78 (selon l'al 165(1)a) de la *LIR*, un contribuable doit signifier un avis d'opposition au plus tard le dernier en date des jours suivants : (i) 90 jours suivant la date de mise à la poste de l'avis de cotisation; (ii) le jour qui tombe un an après la date d'échéance de production de sa déclaration de revenu. Pour les particuliers, ce délai est fixé au 30 avril, en vertu du paragraphe 248(1) et le sous-alinéa 150(1)d(i)).

130 *Ibid*, art 165(3).

auquel cas le ministre confirmera la cotisation. Si le ministre ne confirme pas la cotisation contestée ou n'établit pas une nouvelle cotisation dans les 90 jours de la signification de l'avis d'opposition, le contribuable peut interjeter appel¹³¹ de la cotisation devant la Cour canadienne de l'impôt, qui peut modifier ou annuler des cotisations émises par le ministre du Revenu en vertu de l'article 169(1) b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le contribuable peut aussi invoquer la violation de certains droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* si l'obtention des preuves ayant conduit à son inculpation pour fraude ou évasion fiscale internationale n'a pas été faite conformément à la loi. Dans ce sens, le juge Sexton¹³² de la Cour d'appel fédérale rappelle d'abord « [qu'en] règle générale, il convient de laisser la question de l'admissibilité d'éléments de preuve au juge de première instance qui, étant saisi de l'ensemble des faits et de la preuve, peut rendre la décision la plus éclairée »¹³³, avant de préciser que :

[p]our déterminer si les éléments de preuve obtenus en contravention des droits garantis aux contribuables par la Charte en l'espèce sont admissibles, il faut examiner les différentes normes applicables aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies qui ont été établies en matière de poursuites criminelles et d'exécution civile de la Loi de l'impôt sur le revenu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R c McKinlay Transport*. Il se peut que ces éléments de preuve soient inadmissibles pour les fins d'une poursuite criminelle, mais qu'ils soient admissibles pour les fins d'un procès civil. Une telle détermination exigerait l'examen des éléments de preuve contestés, de la méthode par lesquels ils ont été obtenus, de la gravité de toute violation de la Charte et de la question de savoir si ces éléments de preuve étaient déjà en possession de la Couronne ou auraient été découverts de toute manière. Il semble presque impossible d'effectuer une telle détermination en l'absence de fondement factuel. En l'espèce, il n'y a aucun accord entre les parties quant aux faits pertinents [références omises]¹³⁴.

B. Le bâton mais aussi la carotte : le programme de divulgations volontaires

Outil d'incitation conçu par l'Agence du revenu du Canada, le programme de divulgations volontaires « permet aux contribuables de corriger toute information incomplète ou erronée ou de fournir des renseignements qu'ils n'avaient pas

131 *Ibid* (l'art 169 de la LIR prévoit qu'une prorogation de délai peut être autorisée en vertu de l'art 167).

132 *Canada c Jurchison*, 2001 CAF 126 aux para 10-11, [2001] 3 CTC 33.

133 *Ibid* au para 19.

134 *Ibid* au para 11.

déclarés auparavant à l'ARC, sans être passibles de pénalités ou de poursuites [...]. Une divulgation peut être faite en ce qui concerne l'impôt sur le revenu, la taxe sur les produits et services / taxe de vente harmonisée (TPS/TVH), les droits en vertu de la *Loi de 2006 sur le droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre* ou la *Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien* »¹³⁵. Pour être valide, la divulgation doit « être volontaire, complète, mettre en cause l'imposition ou la possible imposition d'une pénalité et comprendre généralement des renseignements dont le retard est de plus d'un an »¹³⁶. Si l'ARC accepte la divulgation, le contribuable devra payer les impôts exigibles et les intérêts. Cependant, il ne sera pas sujet à des pénalités ou poursuites pour les montants divulgués. Le PDV s'inscrit, de ce point de vue, comme une carotte qui ferait éviter le bâton des pénalités ou des poursuites au contribuable fautif. Mais, pour plus de sécurité juridique, il serait préférable que cette mesure, dont on évaluera plus tard l'impact réel, soit insérée dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

VI. CONCLUSION

Cet article s'est voulu une analyse objective sur le sens et l'impact du Protocole signé par les gouvernements canadien et suisse en matière d'échange de renseignements sur les revenus et fortunes des leurs résidents respectifs. La clause relative à l'échange de renseignements, dont les paragraphes 4 et 5 de l'article XI du Protocole sont la face visible, constitue une bombe à la puissance double. À cause d'elle, le rêve suisse dont nourrissaient plusieurs contribuables canadiens et mondiaux a ainsi perdu de son logis attractif que fut le secret bancaire. La clause lève ainsi le poumon des obstacles ayant longtemps empêché l'exécution de la Convention antérieure entre les États, laquelle renfermait déjà une clause similaire. Elle resserre l'étau autour des contribuables y étant visés, qui ne croyaient plus à la mise en application effective des mécanismes d'échanges de renseignements conduisant à les dénicher. Aujourd'hui, décider de faire abriter sa fortune ou des revenus en Suisse pour des raisons fiscales demande un peu plus de réflexion. À l'opposé de Larin et Diebel¹³⁷ qui, tout en notant une « amélioration », invitent en revanche à « constater que les autorités fiscales canadiennes, malgré le discours officiel, risquent de ne pas trouver leur compte dans le processus d'échange d'informations conclu avec le Conseil fédéral suisse », le point de vue dégagé de ce texte est qu'un pas important a été franchi : les traités et accords internationaux s'exécutent de bonne foi et celle-ci se présume. En plus, considérant l'empressement avec lequel la Suisse a signé des protocoles semblables avec les États-Unis¹³⁸ et

135 Agence du revenu du Canada, communiqué « Programme des divulgations volontaires » (30 avril 2010), en ligne : Agence du revenu du Canada <<http://www.cra-arc.gc.ca/gncy/nvstgtns/vdp-fra.html>>.

136 Larin et Diebel, *supra* note 33 à la p 26.

137 *Ibid.*

138 *Protocol Amending the Convention Between The United States of America And The Swiss Confederation For The Avoidance Of Double Taxation With Respect To Taxes on Income, Signed At Washington On October 2, 1996*, États-Unis et Suisse, 23 septembre 2009, en ligne : Confédération suisse <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/16933.pdf>>.

Suisse du 22 octobre 2010 : est-ce la fin des paradis fiscaux pour les résidents du Canada ?

l'Allemagne¹³⁹ sous la menace des mesures de rétorsion économique que ces pays brandissaient envers les banques suisses, il est clair qu'une nouvelle ère vient de marquer l'évolution du droit fiscal conventionnel. Les abris fiscaux sont atteignables, à la grande satisfaction des États qui en ont le plus souffert. En bout de ligne, le Canada pourrait lui aussi défendre ses intérêts en se servant des dispositions du Protocole et, en cas d'ambiguïté, de l'interprétation appropriée des dispositions en cause, pour obtenir de la Suisse l'exécution de la clause d'échange de renseignements à des fins fiscales. Il pourrait aussi, au moindre constat d'un volte-face de la Suisse, recourir aux mesures de rétorsion semblables à celles usées par les États-Unis et l'Allemagne à l'encontre des banques suisses y implantées. C'est ici que le travail des juristes va s'avérer décisif.

Enfin, l'article a essayé de rassurer les contribuables en revoyant les mesures incitatives conçues par le gouvernement fédéral pour encourager les présumés auteurs de tels actes à déclarer leurs revenus placés dans des banques étrangères, notamment suisses. Le texte indique, tant soit peu, les possibles recours dont disposeraient des résidents concernés et l'objet d'éventuelles poursuites judiciaires pour fraude fiscale.

Le gouvernement du Canada n'a pas attendu d'entendre le cri de colère¹⁴⁰ pour constater que les paradis sont essentiellement « fiscaux ». Ils accueillent à bras ouverts des sommes considérables soustraites aux fiscs nationaux, notamment de citoyens de tout horizon social comme des comptables¹⁴¹, des députés, des policiers, des pilotes d'avion, et chose fréquente, des avocats¹⁴² et magistrats, ainsi que des propriétaires d'entreprise et des entreprises multinationales. Il suffit à ces dernières notamment d'y localiser des sociétés ou des filiales fictives et de transférer des dettes en leur nom afin de créer des « pertes » de profit, ce qui diminue le bénéfice affiché (et taxé) au pays¹⁴³. Quelle que soit l'ampleur de mesures à prendre pour tenter de rapporter dans la gibecière publique nationale les revenus otages des pratiques frauduleuses internationales, les paradis fiscaux existeront toujours. Néanmoins, il appartient au gouvernement d'en réduire l'influence auprès des résidents tentés d'y recourir, de deux manières. Premièrement, il est de bon aloi de concevoir et de maintenir l'arsenal pénal fiscal interne actuel, de le rendre très dissuasif, par des mises à jour constantes, afin d'attraper tous les contrevenants passibles d'évasion ou de fraude fiscales, et de décourager les fraudeurs potentiels. Deuxièmement,

139 Protokoll zur Änderung des Abkommens vom 11. August 1971 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen in der Fassung des Revisionsprotokolls vom 12. März 2002, Suisse et Allemagne, 27 octobre 2010, en ligne : Confédération suisse <http://www.admin.ch/ch/d/sr/c0_672_913_62.html>.

140 Voir généralement Gobbe, *supra* note 5.

141 *Rotzinger v United States*, 165 F (3e) 33 (7^e Cir 1998), 1998 US App Lexis 36060 ; *Stoecklin v Comm'r*, 865 F 2(e) 1221 (11^e Cir 1989), 89:1 USTax Cas P9177, 1989 US App Lexis 1815.

142 Francis X Sullivan, « The "Usurping Octopus of Jurisdiction/ Authority": The Legal Theories of the Sovereign Citizen Movement » [1999] *Wisconsin L Rev* 785 à la p 790.

143 Gobbe, *supra* note 5 aux pp 27-32.

le Canada doit très subtilement continuer son œuvre salvatrice de signer avec certains États des conventions fiscales préventives de double imposition sur les revenus et la fortune, et avec d'autres, des AERF. Dans les deux types de textes, la référence à la disposition concernant l'échange de renseignements ne doit jamais être qu'ornementale. Elle doit se concrétiser par un véritable travail d'entraide fiscale entre les administrations fiscales¹⁴⁴ à travers l'échange de renseignements soit spontanés, soit automatiques¹⁴⁵, soit sur demande. À ce sujet, les banques devraient jouer désormais un rôle de premier plan dans la transmission d'informations relatives aux contribuables non résidents aux gouvernements¹⁴⁶. La crainte la plus redoutable serait que le recours à la sanction endurecisse les cœurs et aiguise la ruse des fraudeurs pour faire délocaliser leurs fortunes de la Suisse vers d'autres havres fiscaux — comme la planète en compte de centaines.

Le Protocole offre une arme légale efficace, mais qui doit s'asseoir sur une politique de carotte avec moins de bâtons. En d'autres termes, en attendant l'entrée en vigueur du Protocole et la manifestation continue de la bonne foi des autorités suisses à cet égard, on sait que la conduite des résidents « fraudeurs » ne sera plus la même vis-à-vis du fisc. Soit ils collaborent, soit ils s'enkystent dans les comportements illicites et choisissent ainsi de s'exposer à des pénalités ou à des poursuites. Le gouvernement doit non seulement prévoir la révision de la mosaïque de ses conventions fiscales avec d'autres États, potentiels terminus des comptes des résidents canadiens mal intentionnés qui auront fui la Suisse, mais aussi améliorer le programme de divulgations volontaires.

144 Steven A Dean, « The Incomplete Global Market for Tax Information » (2008) 49:3 BCL Rev 605 aux pp 637-646.

145 NU, Economic and Social Council, Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, *Proposed Draft of the United Nations Code of Conduct on Cooperation in Combating International Tax Evasion* (20 août 2008), au para 10.

146 Terry Dwyer, « "Harmful" Tax Competition and the Future of Offshore Financial Centres » (2002) 5: 4 J of Money Laundering Control 302 à la p 308.